

Les normes internationales du travail:
un patrimoine pour l'avenir

Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos

Les normes internationales du travail:
un patrimoine pour l'avenir

Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos

Préface de
JUAN SOMAVIA

Sous la direction de
JEAN-CLAUDE JAVILLIER *et* BERNARD GERNIGON

Coordinateur
GEORGES P. POLITAKIS

Copyright © Organisation internationale du Travail 2004

Les publications du Bureau international du Travail jouissent de la protection du droit d'auteur en vertu du protocole n° 2, annexe à la Convention universelle pour la protection du droit d'auteur. Toutefois, de courts passages pourront être reproduits sans autorisation, à la condition que leur source soit dûment mentionnée. Toute demande d'autorisation de reproduction ou de traduction devra être adressée au Bureau des publications (Droits et licences), Bureau international du Travail, CH-1211 Genève 22, Suisse. Ces demandes seront toujours les bienvenues.

ISBN 92-2-216555-1

Première édition 2004

Les désignations utilisées dans les publications du BIT, qui sont conformes à la pratique des Nations Unies, et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Bureau international du Travail aucune prise de position quant au statut juridique de tel ou tel pays, zone ou territoire, ou de ses autorités, ni quant au tracé de ses frontières.

Les articles, études et autres textes signés n'engagent que leurs auteurs et leur publication ne signifie pas que le Bureau international du Travail souscrit aux opinions qui y sont exprimées.

La mention ou la non-mention de telle ou telle entreprise ou de tel ou tel produit ou procédé commercial n'implique de la part du Bureau international du Travail aucune appréciation favorable ou défavorable.

Les publications du Bureau international du Travail peuvent être obtenues dans les principales librairies ou auprès des bureaux locaux du BIT. On peut aussi se les procurer directement, de même qu'un catalogue ou une liste des nouvelles publications, à l'adresse suivante: Publications du BIT, Bureau international du Travail, CH-1211 Genève 22, Suisse, ou par e-mail: pubvente@ilo.org ou par notre site web: www.ilo.org/publns.

Table of contents

Preface – Préface – Prefacio	ix
Introduction	xxi
 Part 1 The Supervisory System	
Les mécanismes de contrôle de l'OIT: bilan de leur efficacité et perspectives d'avenir	3
<i>Eric Gravel</i>	
Shaping a dynamic ILO system of regular supervision: The Valticos years	11
<i>Ernest A. Landy</i>	
The “ <i>Berufsverbot</i> ” problem revisited – Views from Geneva and Starsbourg	21
<i>Klaus Samson</i>	
Standard-setting and supervision: A system in difficulty	47
<i>William R. Simpson</i>	
Some remarks concerning the Commissions of Inquiry established under the ILO Constitution	75
<i>Budislav Vukas</i>	

Part 2 | Freedom of Association

Une page d'histoire de l'OIT: la Pologne	83
<i>Francis Blanchard</i>	
Democracy, freedom of association and the ILO	89
<i>Karen Curtis</i>	
La liberté syndicale et les missions sur place de l'OIT	107
<i>Bernard Gernigon</i>	
Une révolution de velours dans l'ordre juridique international en matière de droits fondamentaux des travailleurs	121
<i>Tomi Kohiyama et María Marta Travieso</i>	
Le Comité de la liberté syndicale (I): origines et genèse	159
<i>Alberto Otero et María Marta Travieso</i>	
Le Comité de la liberté syndicale (II): composition, procédure et fonctionnement	195
<i>Alberto Otero et María Marta Travieso</i>	

Part 3 | International Labour Standards and Internal Legal Order

En aval des normes internationales du travail: le rôle de l'OIT dans l'élaboration et la révision de la législation du travail	219
<i>Arturo Bronstein</i>	
The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence, and practical implications	249
<i>Constance Thomas, Martin Oelz, and Xavier Beaudonnet</i>	
Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional	287
<i>Geraldo von Potobsky</i>	
SOUVENIRS D'UNE VIE INTERNATIONALE (<i>photos</i>)	307

Part 4 | Constitutional Theory and Current Issues

The Consolidated Maritime Labour Convention: A marriage of the traditional and the new	319
<i>Cleopatra Doumbia-Henry</i>	
Normas internacionales del trabajo y trabajo decente: El impacto de las normas internacionales del trabajo sobre el desarrollo económico y social sostenible	335
<i>J. Ricardo Hernández Pulido</i>	
How the ILO's international labour standards can help in the fight against HIV/AIDS in the world of work	355
<i>Jane Hodges-Aeberhard</i>	
Réflexion sur l'idée d'un droit international coutumier du travail	363
<i>Véronique Marleau</i>	
The Annual Review and the promotion of the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work: Developments and initial impact assessment	411
<i>Momar N'Diaye</i>	
Deconstructing flexibility in international labour Conventions	463
<i>George P. Politakis</i>	
Les recommandations internationales du travail: instruments mal exploités ou maillon faible du système normatif?	497
<i>George P. Politakis et Kroum Markov</i>	
Réserves et conventions internationales du travail	527
<i>Guido Raimondi</i>	
La OIT y los trabajadores migrantes	541
<i>Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer</i>	
Normes internationales du travail et responsabilité sociale des entreprises	565
<i>Jean-Michel Servais</i>	
International labour standards and the informal economy	585
<i>Anne Trebilcock</i>	

International labour standards as a model for the future:
The case of financial regulation 615
Katerina Tsotroudi

Part 5 | Future Perspectives on Standards

Globalization, values, and international law in the world of work 645
Janelle Diller

Libres propos sur la «part» du droit dans l'action
de l'Organisation internationale du Travail 659
Jean-Claude Javillier

Persuasion et contrainte aux fins de la mise en œuvre
des normes et objectifs de l'OIT 687
Francis Maupain

Preface

Juan Somavia

Rarely have officials been identified to such an extent with a specific field of ILO action as Nicolas Valticos was with the Organization's standards-related activities. So much so that, for over 30 years, it was almost tautological to refer to standards and the inspired Director of NORMES.

As early as the transition period, I was personally very keen to meet this living incarnation of ILO standards and if possible obtain the benefit of his wisdom and advice as regards important steps that would have to be taken later. I will never forget a lunch I was privileged to have with him shortly after taking office. His erudition, his benevolent wit, his natural empathy for so many peoples and countries that I also happened to know, the combination of his healthy sense of realities and firm convictions, made for a conversation which was an enchantment for the mind and for the heart. When leaving the table I had the feeling not only of a rare – alas unique – moment, but also of leaving a friend that I had known and respected for ever.

Reflecting on standard-setting and the supervision of standards as a key component of ILO action, especially in the current context of the ILO's focus on achieving a fair globalization, brings three words to my mind – *paradigm*, *responsibility* and *vision* – all, of course, within the framework of the ILO's principal characteristic and method, namely tripartism, with its emphasis on dialogue and partnership.

Standards as paradigms

Standards are the history of the ILO. As the international institution which has produced the largest number of binding and non-binding instruments in the field of human rights, standards remain at the very centre of the ILO's mandate and its day-to-day work. Whether they are viewed as minimum

living standards, benchmarks or decent work indicators, or more recently as the building blocks of a socio-economic floor for the global economy, whether they are delivered in the form of hard or soft law, standards epitomize the idea of openly discussed and agreed principles reflecting widely held values, which governments, employers and governments can use to structure labour market systems.

By offering paradigms, the ILO gives tangible content to the notion of social justice that it consistently defends and strives to promote. Standards encapsulate components of human dignity and security which should be enjoyed by everyone in the world of work. They offer the necessary yardstick of fairness to measure progress, but also to reveal backwardness.

As I noted in my 2001 report *Reducing the decent work deficit: A global challenge*, “normative action helps to clarify the meaning of decent work: standards provide an authoritative answer to the question of what decent work implies in concrete terms as regards the preconditions (fundamental principles and rights), its content (work that meets certain criteria of quality and security) and the process whereby it can be achieved (social dialogue). It also helps to put the Decent Work Agenda into practice: standards are a stern indicator of progress towards the achievement of ILO objectives, not through lip-service but in law and in practice” (p. 59).

Standards as a source of responsibility

Standard-setting has constituted a core activity of the ILO since its inception, and indeed the single most important reason for its creation. As such, the corpus of international labour standards elaborated over the years stands today as an impressive heritage, a vital source of pride, but also of responsibility – responsibility to manage the accumulated normative wealth effectively, protect the impact of standards, keep a watchful eye on their continued application, promote and strengthen their relevance. This is a mission that the Office must continue to carry out with conviction and realism. The ongoing discussion on the direction and modalities of normative action requires responsible reflection on, among others, ways of achieving a stronger focus on dialogue, intensifying technical cooperation, deepening legislative and policy analysis, multiplying advisory activities, and adding muscle to the supervisory machinery.

Responsibility also means that the ILO has to be fully responsive to the aspirations, needs and concerns of all its constituents. Tripartism is a key asset which must be carefully nurtured and further developed. The partnership of workers, employers and governments remains the foundation of the ILO's relevance in the changing world of work. While conflicting views and interests may

often make choices difficult, they are also conducive to balanced compromises. Sensitivities are keen and consensus-building at times appears hard to operate, yet this is precisely what our constituents expect from the ILO so that it can provide them with guidance which is both authoritative and relevant. The effort required to mainstream international labour standards has to remain at the forefront of ILO action. The credibility of the standards system largely depends on the outcome of this effort, hence the increased sense of responsibility currently hanging over the normative action of the Organization. Our unique expertise in the field of standards confers upon the ILO undisputed legitimacy to play an active role in managing the social dimensions of globalization.

Standards and the need for vision

Past accomplishments oblige us to be forward-looking and innovative. In my 1999 Report on *Decent Work*, I placed emphasis on the need to “renew work on labour standards” and “experiment with new approaches” (p. 17). The system for the adoption and supervision of standards is showing signs of fatigue and of being pushed to its limits. And the system is too highly valued to be left to fend for itself. This is not of course meant to call into question the relevance of the Organization’s normative work, but rather to marshal creative forces with a view to reforming working methods, devising and testing new procedures, adapting mentalities and drawing the right lessons from past failures.

By way of example, I specifically referred in the Decent Work report to the idea of framework conventions and the possibility of combining binding and non-binding provisions in a flexible, all-encompassing instrument, easy to update, and as reflective of universal elements as of regional traditions. Some five years after issuing this call, the draft Consolidated Maritime Labour Convention today offers a highly interesting blueprint of what might well be a fresh start in standard-setting, offering an effective match between past principles and future needs.

In its February 2004 report *A Fair Globalization: Creating opportunities for all*, the World Commission on the Social Dimension of Globalization suggested that “the capacity of the ILO to promote core labour standards should be reinforced” and that “the ILO itself should be strengthened by increasing the resources available for fair and appropriate supervision and monitoring” (para. 426). When presenting some initial reflections at this year’s Conference on the implications of the Commission’s report for the ILO, I highlighted certain priority courses of action, such as identifying a more integrated set of international labour standards, increasing assistance to constituents at the country level, enhancing the efficiency of the established supervisory machinery, developing

viable strategies to address the governance problems underlying the growth of the informal economy in many countries, and mobilizing international organizations to promote international labour standards (pp. 46-48).

*

**

To conclude, the modernization of ILO standards and their fuller integration into a coherent whole as a means for achieving greater efficacy therefore remains a critical task. The Decent Work agenda, as the shorthand description of the Organization's mission, is inseparable from an effort to strengthen the efficacy and relevance of the unique international labour standards regime so that it can be of assistance to all countries in their endeavour to promote decent work on all "fronts". We therefore need to continue leading by paradigm and with vision, and delivering with responsibility. I firmly believe that Nicolas Valticos would have whole-heartedly endorsed these thoughts.

Finally, I wish to compliment those who have taken this excellent initiative as a means of paying tribute to Nicolas Valticos for his immense contribution to the advancement of the ILO's objectives. After all, the Office is nothing more than the cumulative radiance of the skills and talents of each and every one of its officials; in this sense, Nicolas Valticos has left with us a lasting example to follow and a gap that it is extremely difficult to fill.

October 2004

Préface

Juan Somavia

Rarement un fonctionnaire aura incarné avec autant de force que Nicolas Valticos ce domaine si spécifique de l'action de l'OIT que peut être l'action concernant les normes internationales du travail. Il y est si bien parvenu qu'à la fin de ses trente années de carrière, la mention même du directeur de NORMES était devenue pratiquement l'expression tautologique des normes internationales du travail.

Alors que nous n'en étions encore qu'à la période de transition, j'ai éprouvé le désir ardent de faire mieux connaissance avec cette incarnation vivante des normes de l'OIT et, pour autant que cela fût possible, de puiser quelques conseils aux sources de sa sagesse en vue des décisions qu'il faudrait prendre plus tard. Je n'oublierai jamais un certain déjeuner qui nous avait réunis peu après ma prise de fonctions. Mon esprit et mes sentiments tombèrent sous le charme de son érudition, de sa spiritualité bienveillante, de son empathie naturelle pour tant de gens et de pays que je connaissais, de cette combinaison rare de réalisme salutaire et de convictions fermes. Au moment de nous séparer, j'eus le sentiment qu'un instant privilégié – unique, hélas – venait de passer ; j'eus aussi le sentiment de prendre congé d'un ami que j'avais toujours connu et respecté.

En réfléchissant sur l'élaboration des normes et le contrôle de leur application en tant que composante clé de l'action de l'OIT, surtout dans le contexte actuel, où l'OIT s'efforce avant tout de conférer à la mondialisation les vertus de l'équité, trois mots me viennent à l'esprit – *paradigme, responsabilité et vision* – dans le contexte de ce qui apparaît comme à la fois la singularité et le mode opératoire de l'OIT: le tripartisme, et son accent particulier sur le dialogue et le partenariat.

Les normes en tant que paradigmes

Les normes sont l'histoire de l'OIT. En tant qu'institution internationale ayant à son actif le plus grand nombre d'instruments – contraignants et non contraignants – qui touchent aux droits de l'homme, les normes sont au cœur même de la mission de l'Organisation et de l'accomplissement de sa tâche au quotidien. Qu'elles soient perçues en tant que normes minimales d'existence, instruments de référence, indicateurs dans l'optique du travail décent ou encore, comme plus récemment, matériau de construction d'un plancher économique et social pour l'économie mondiale, qu'elles trouvent leur expression à travers une législation ayant un caractère impératif ou plutôt prescriptif, les normes sont par essence l'incarnation de principes débattus et acceptés en toute franchise, qui reflètent des valeurs universellement reconnues et sur la base desquels gouvernements, employeurs et travailleurs façonnent la physionomie du marché du travail.

En proposant des paradigmes, l'OIT donne un contenu tangible à la notion de justice sociale qu'elle s'emploie constamment à défendre. Les normes intègrent les composantes de dignité humaine et de sécurité qu'aucun individu au monde ne devrait se voir nier. Elles portent en elles l'étalon d'équité à l'aune duquel tout progrès se mesure et aussi, hélas, toute régression apparaît au grand jour.

Comme je le soulignais dans mon rapport de 2001 intitulé *Réduire le déficit de travail décent – un défi mondial*, «l'action normative contribue à préciser le sens du concept de travail décent: en effet, les normes définissent concrètement les différents aspects qui s'y attachent – conditions préalables (principes et droits fondamentaux), contenu (critères de qualité et de sécurité), modalités de mise en œuvre (dialogue social). En second lieu, elle contribue à mettre en pratique le travail décent: les normes sont un indicateur rigoureux des progrès accomplis dans la réalisation des objectifs de l'OIT, en droit et dans la pratique».

Les normes en tant que source de responsabilité

L'action normative constitue un volet essentiel de l'action de l'OIT depuis que celle-ci existe, et c'est en fait principalement pour cela qu'elle a été créée. En tant que tel, le corpus des normes internationales du travail élaboré au fil des ans constitue un héritage impressionnant, une source vitale de fierté mais aussi une source de responsabilité – responsabilité de gérer avec efficacité ce patrimoine normatif, de préserver l'impact des normes, de rester vigilants, attentifs à la pérennité de leur application, de promouvoir et renforcer leur pertinence. Il s'agit là d'une mission que le Bureau doit poursuivre avec conviction et réalisme. Le débat ouvert sur la direction et les modalités de l'action normative appelle une réflexion responsable, notamment sur les moyens de parvenir à privilégier

le dialogue, à intensifier la coopération technique, à approfondir l'analyse de la législation et de la politique, à intensifier les activités de conseil, à muscler le mécanisme de contrôle.

Responsabilité veut aussi dire que l'OIT doit apporter une réponse exhaustive aux aspirations, aux attentes et aux préoccupations de tous ses mandants. Le tripartisme est un atout majeur, que l'on doit entretenir avec soin et enrichir constamment. Le partenariat des travailleurs, des employeurs et des gouvernements reste l'aspect le plus essentiel de la raison d'être de l'OIT dans un monde du travail en mutation constante. Si des points de vue et des intérêts contraires rendent souvent les choix difficiles, ils conduisent aussi à des compromis équilibrés. Parfois les sensibilités sont vives et il paraît difficile de parvenir à un consensus, mais cet aboutissement est précisément ce que les mandants de l'OIT attendent de celle-ci, dès lors que les orientations qu'elle leur suggère se révèlent pertinentes et convaincantes. L'effort exigé pour que les normes internationales du travail soient au centre des préoccupations universelles doit toujours avoir une place prééminente dans l'action de l'OIT. Du succès de ces efforts dépend la crédibilité du système des normes, d'où le sentiment particulièrement aigu, à l'heure actuelle, de la responsabilité qui pèse sur l'action normative de l'Organisation. La singularité absolue des compétences de l'OIT dans ce domaine confère une légitimité sans ombre au rôle particulièrement actif que cette organisation joue sur le plan de la dimension sociale de la mondialisation.

Les normes et la nécessité d'une vision d'avenir

L'acquis de tant d'années nous impose d'avoir une vision d'avenir et de faire preuve d'innovation. En 1999, dans mon rapport intitulé *Un travail décent*, j'ai mis l'accent sur la nécessité de susciter un «nouveau départ pour les activités consacrées aux normes du travail», et j'ai fait valoir qu'il faudrait «que l'OIT fasse de nouvelles expériences». Le système d'adoption des normes et de contrôle de leur application montre des signes de fatigue, on se rend compte qu'il est poussé à ses limites. Le système, en soi, a une valeur si élevée qu'il serait inconcevable de l'abandonner à son sort. Ce constat n'entraîne pas, bien naturellement, qu'il faille remettre en question la pertinence de l'action normative. Il en découle plutôt qu'il faut mobiliser des forces créatrices en vue de réformer les méthodes de travail, concevoir et expérimenter de nouvelles procédures, adapter les mentalités et tirer les bons enseignements de nos échecs.

Pour prendre un exemple, je me suis référé plus particulièrement, dans le rapport précité, à l'idée de conventions de base et aussi à l'idée de combiner des dispositions contraignantes à d'autres qui ne le seraient pas dans un instrument flexible, de vaste portée, facile à réactualiser, qui contiendrait des éléments uni-

versels tout en ménageant une place aux particularismes régionaux. Cinq années plus tard, le projet de convention consolidée du travail maritime, qui incarne une synthèse efficace de principes anciens et de besoins futurs, illustre parfaitement ce qui pourrait marquer un tournant décisif dans l'action normative.

Dans son rapport de février 2004 intitulé *Une mondialisation juste: Créer des opportunités pour tous*, la Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation énonce qu'il serait «essentiel de renforcer la capacité de l'OIT de promouvoir les normes internationales du travail» et qu'il «convient de renforcer l'OIT elle-même en augmentant les ressources permettant d'exercer un contrôle et une surveillance équitables et adaptés» (paragraphe 426). Dans quelques premières réflexions que j'ai présentées cette année à la Conférence à propos de ce que le rapport de la commission susmentionnée implique pour l'OIT, j'ai mis en relief (pages 52 et suivantes) certaines orientations qui me paraissent prioritaires, comme l'identification d'un ensemble plus intégré de normes internationales du travail, le renforcement de l'assistance offerte aux mandants au niveau de chaque pays, le renforcement de l'efficacité du système de contrôle, la formulation de stratégies appropriées face aux problèmes de gouvernance sous-jacents à l'expansion de l'économie informelle dans certains pays, la mobilisation des organisations internationales pour la promotion des normes internationales du travail.

*
**

Je dirai en conclusion que moderniser les normes de l'OIT et en assurer une intégration plus complète dans un ensemble cohérent avec comme point de mire une plus grande efficacité reste et demeure une tâche essentielle. L'Agenda pour un travail décent, en tant qu'expression synthétique de la mission de l'Organisation, est indissociable d'un effort de renforcement de l'efficacité et de la pertinence du système unique en son genre que constituent les normes internationales du travail, et cet effort s'impose dès lors que l'on tient à seconder tous les pays dans la démarche qu'ils se sont assignée pour promouvoir le travail décent «sur tous les fronts». Il nous faut donc persévérer, et faire du paradigme et de la vision notre instrument si nous voulons servir de manière responsable. J'ose croire que Nicolas Valticos aurait pleinement fait siennes ces pensées.

En dernier lieu, j'exprime ma reconnaissance à tous ceux qui ont pris cette initiative pour rendre hommage à la mémoire de Nicolas Valticos et à sa contribution immense à l'avancement des objectifs de l'OIT. Le Bureau n'est, somme toute, rien de plus que la résultante du rayonnement des compétences et du talent de chacun de ses fonctionnaires. En ce sens, Nicolas Valticos nous aura laissé en héritage un exemple aussi durable que le vide laissé derrière lui se révèle difficile à combler.

Prefacio

Juan Somavia

Es poco frecuente que un funcionario se haya identificado en tal grado con un campo específico de las acciones de la OIT como ha ocurrido con Nicolas Valticos respecto de las actividades normativas de la Organización. A tal punto que, a lo largo de más de 30 años, ha venido siendo casi tautológico referirse a las normas y al inspirado Director de NORMAS.

En los inicios del período de transición, fui muy afortunado en encontrar a esta viva encarnación de las normas de la OIT, beneficiándome de su sabiduría y asesoramiento en lo que atañe a relevantes medidas que habrían de adoptarse posteriormente. Nunca olvidaré un almuerzo que tuve el privilegio de compartir con él poco antes de asumir mi puesto. Su erudición, su generosa inteligencia, su natural empatía para tanta gente y tantos países que también yo llegué a conocer, la combinación de un saludable sentido de la realidad y unas firmes convicciones, propiciaron una conversación que resultó ser un placer para la mente y el corazón. Al levantarme de la mesa, tuve la sensación de haber pasado, no sólo unos momentos tan extraordinarios como únicos, sino también el sentimiento de haber ganado un amigo en la persona que había conocido y siempre había respetado

Al reflexionar sobre la actividad normativa y sobre el control de las normas como concepto cardinal de las acciones de la OIT, especialmente en el contexto actual del enfoque de la OIT de consecución de una globalización justa, me vienen a la mente tres palabras: *paradigma, responsabilidad y visión*, naturalmente en el marco de la característica y del método primordiales de la OIT, el tripartismo, con el acento puesto en el diálogo y en la asociación.

Las normas como paradigmas

Las normas son la historia de la OIT. Como institución internacional que ha producido el mayor número de instrumentos vinculantes y no vinculantes en el ámbito de los derechos humanos, las normas siguen encontrándose en el núcleo del mandato de la OIT y de su labor cotidiana. Se consideren como normas de vida mínimas, como marcos de referencia o como indicadores de trabajo decente, o, más recientemente, como elementos esenciales de los fundamentos socioeconómicos para la economía global, se expresen bajo la forma de una ley estricta o de una ley flexible, las normas vienen a sintetizar la idea de principios abiertamente debatidos y acordados que reflejan valores ampliamente sostenidos, que los gobiernos, los empleadores y los trabajadores pueden utilizar para estructurar sus sistemas de mercado laboral.

Al ofrecer paradigmas, la OIT confiere un contenido tangible a la noción de justicia social, una noción que defiende constantemente y se esfuerza en promover. Las normas engloban componentes de dignidad y seguridad humanas de que todos deberán gozar en el mundo del trabajo. Ofrecen los criterios necesarios de imparcialidad para medir los progresos, pero también revelan los retrocesos.

Como señalara en mi informe *Reducir el déficit de trabajo decente: un desafío global*, «la acción normativa ayuda a esclarecer el significado del trabajo decente: las normas ofrecen una respuesta digna de crédito a la pregunta sobre lo que implica el trabajo decente en términos concretos en lo que se refiere a las condiciones previas (principios y derechos fundamentales), a su contenido (trabajo que reúne ciertos criterios de calidad y de seguridad) y al proceso en virtud del cual este objetivo se puede alcanzar (diálogo social). También ayuda a poner en práctica el Programa de Trabajo Decente: las normas son un indicador riguroso del progreso hacia el logro de los objetivos de la OIT, no por medio de promesas que no se han de cumplir sino en la legislación y la práctica» (pág. 68).

Las normas como fuente de responsabilidad

La actividad normativa ha constituido una actividad central de la OIT desde sus inicios y ha sido en verdad la única y más importante razón de su creación. Como tal, el *corpus* de las normas internacionales del trabajo elaboradas a lo largo de los años, permanece hoy como una herencia de incalculable valor, como una fuente vital de orgullo y también como una responsabilidad. Responsabilidad para gestionar una riqueza normativa tan acertadamente acumulada, para proteger el impacto de las normas, para mantener el ojo vigilante en cuanto a su continuada aplicación, para promover y fortalecer su pertinencia. Es éste un cometido que la Oficina debe seguir llevando a cabo con convicción y realismo. El debate en

curso en torno a la dirección y a las modalidades de la acción normativa, requiere una reflexión responsable, entre otras cosas, sobre las maneras de alcanzar un enfoque más sólido en el diálogo, una cooperación técnica más intensa, un análisis legislativo y de políticas más profundo, unas actividades de asesoramiento que se multipliquen y un vigor que se añada al mecanismo de control.

Responsabilidad significa también que la OIT ha de tener una gran sensibilidad hacia las aspiraciones, necesidades y preocupaciones de sus mandantes. El tripartismo constituye un activo esencial que debe ser cuidadosamente nutrido y más desarrollado. La asociación de trabajadores, empleadores y gobiernos, sigue siendo el fundamento de la pertinencia de la OIT en el cambiante mundo del trabajo. Si bien las opiniones y los intereses contrapuestos pueden dificultar a menudo la elección entre las diferentes opciones, también favorecen compromisos equilibrados. Las sensibilidades son intensas y la construcción de un consenso a veces parece difícil de poner en funcionamiento. Sin embargo, esto es precisamente lo que nuestros mandantes esperan de la OIT, puesto que los dota de una orientación que es tan autorizada como pertinente. Los esfuerzos requeridos para situar en el centro de la atención las normas internacionales del trabajo, tienen que permanecer en el primer plano de las actuaciones de la OIT. La credibilidad del sistema normativo depende, en buena medida, de los resultados de estos esfuerzos, de ahí el mayor sentido de la responsabilidad que en la actualidad incumbe a la acción normativa de la Organización. Nuestros conocimientos técnicos únicos en materia de normas, confieren a la OIT una legitimidad indiscutida para desempeñar un papel activo en la gestión de las dimensiones sociales de la globalización.

Las normas y la necesidad de visión

Los logros pasados nos obligan a tener una visión de futuro y a ser innovadores. En mi Informe sobre el *Trabajo Decente* de 1999, ponía el acento en la necesidad de «nuevas actividades en materia de normas del trabajo» y de que «ensaye nuevos métodos» (pág. 20). El sistema de adopción y supervisión de las normas muestra signos de agotamiento y de haber sido tensado hasta el límite. Y el sistema es un bien demasiado precioso como para dejarlo a su propia regulación. Esto no significa, por supuesto, un cuestionamiento de la pertinencia del trabajo normativo de la Organización, sino más bien la puesta en marcha de fuerzas creativas con miras a reformar los métodos de trabajo, ideando y probando nuevos procedimientos, adaptando las mentalidades y extrayendo las correspondientes lecciones de los fracasos del pasado.

A modo de ejemplo, en el informe sobre el Trabajo Decente, me refería específicamente a la idea de convenios marco y a la posibilidad de combinar disposiciones vinculantes con disposiciones no vinculantes en un instrumento

flexible general, fácil de actualizar, y que reflejara tanto los elementos universales como las tradiciones regionales. Después de los aproximadamente cinco años transcurridos de esta proposición, el proyecto de Convenio sobre el trabajo marítimo consolidado ofrece hoy un interesante plan maestro de lo que bien pudiera ser un nuevo comienzo de la actividad normativa, favoreciendo un eficaz encuentro entre los principios del pasado y las necesidades del futuro.

En su informe de febrero de 2004, *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos*, la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, sugería que «se refuerce la capacidad de la OIT para fomentar la aplicación de las normas fundamentales del trabajo» y que «la propia OIT debería reforzarse mediante el aumento de los recursos disponibles para llevar a cabo una supervisión y un control justos» (párrafo 426). A la hora de presentar algunas reflexiones iniciales en la Conferencia de este año en torno a las implicaciones del informe de la Comisión de la OIT, destacaba algunos planes de acción prioritarios, como la identificación de un conjunto más integrado de normas internacionales del trabajo, una mayor asistencia a los mandantes en el ámbito de cada país, un incremento de la eficiencia del mecanismo de control establecido, el desarrollo de estrategias viables para abordar los problemas de la gobernanza que subyacen al crecimiento de la economía informal en muchos países y la movilización de las organizaciones internacionales en aras de la promoción de las normas internacionales del trabajo (párrafos 46-48).

**

Para concluir, la modernización de las normas de la OIT y su integración más plena en un todo coherente, como medio de alcanzar una mayor eficacia, sigue siendo, por tanto, una tarea determinante. El Programa de Trabajo Decente, en su calidad de descripción taquigráfica de la misión de la Organización, es inseparable de los esfuerzos encaminados al fortalecimiento, a la eficacia y a la pertinencia de un régimen único de normas internacionales del trabajo, de modo que pueda asistir a todos los países en su empeño de promoción del trabajo decente en todos los «frentes». Por consiguiente, es menester seguir siendo impulsados por el paradigma, la visión y la entrega con responsabilidad. Creo con firmeza que Nicolas Valticos habría suscrito plenamente este pensamiento.

Por último, quiero felicitar a quienes han tenido esta excelente iniciativa de homenaje a Nicolas Valticos, por su inmensa contribución a los progresos de los objetivos de la OIT. Después de todo, la Oficina no es más que el resultado de una sumatoria de las capacidades y los talentos de todos y cada uno de sus funcionarios. En este sentido, Nicolas Valticos nos ha dejado un perdurable ejemplo a seguir y un vacío sumamente difícil de llenar.

Introduction

A year ago, on 21 November 2003, the sad news rapidly gained the sixth floor of the Office; Nicolas Valticos, the great figure, venerable elderly statesman with the warm smile and the admirable freshness, had gone.

Some will keep the memory of a demanding and perfectionist Assistant Director-General; some will remember the polyglot, cultivated Greek colleague with the fine sense of humour; others will attest to his great intellect and capacity for work; yet others will recollect a gifted diplomat, a delightful table companion and a first-rate cosmopolite. Nicolas Valticos was certainly all that and much more. Law professorship and international adjudication were only two of the fields in which he excelled after retirement. However, his close attachment to labour standards and affectionate interest for the work of the Organization remained undiminished in the years following his departure. It is indicative that Nicolas Valticos last published in the *International Labour Review* as recently as 1998,¹ while a few years earlier he addressed the Academy of Athens with an inaugural lecture on “International labour law and its role in today’s international society”. In 2000, in his capacity as President of the Curatorium of the Hague Academy of International Law, he invited the Legal Adviser of the time to lecture on the “ILO, social justice and globalization”. In his 1995 communication to the French Academy of Moral and Political Sciences, he reflected on the legal nature of international labour Conventions,² while throughout the nineties he contributed numerous pieces to *Mélanges*, *Festschrift* and other *Libri amicorum*, mostly on ILO-related subjects.³

¹ “International labour standards and human rights: Approaching the year 2000”, *International Labour Review*, vol. 137, 1998, pp. 135-147.

² “Contrat – Convention – Traité – Loi? Les conventions internationales du travail”, Communication à l’Académie des Sciences Morales et Politiques, 16 octobre 1995, *Revue des Sciences Morales et Politiques*, tome 100, 1996, n° 1, pp. 403-413.

³ For instance, *Mélanges Bos* (1989), *Wang* (1993), *Schermers* (1994), *Bernhardt* (1995), *Gerin* (1996), *Verdier* (2001).

Indeed, the Office never ceased to seek Valticos' advice on all important policy decisions on standards, which he offered with his usual promptness, sharpness and genuine kindness. His last appearance on Swiss television and his last article in a Swiss newspaper were in 2000 to promote the newly-adopted Maternity Protection Convention No. 183. The normative action of the ILO has undoubtedly found in the person of Nicolas Valticos one of its most eloquent advocates and lifetime servants.

It has often been said that Nicolas Valticos personified the archetype of an international civil servant. Certainly, Nicolas Valticos gave full meaning to the basic standards of conduct required of all staff members of international organizations, namely integrity, loyalty, independence and impartiality. Yet, he took professionalism much further. He made a lifelong rule of integrity without ceding to austerity. He never mistook loyalty for uncritical submission, nor would he follow instructions without being first convinced of their propriety. He epitomized independence to such an extent that his appointment to some of the most politically sensitive missions seemed a foregone conclusion, and he always proved a judicious choice. His impartiality was well-known to everyone, so that his successful mediation to resolve the first ever personnel strike movement in-house came as no surprise. Above and beyond official prescriptions, however, Nicolas Valticos placed his faith in his personal code of human values. He will be remembered as a man of rare and inspired cordiality, unassuming distinction and unequalled simplicity.

To attempt to give a summary account of Nicolas Valticos' scholarly work can but do great injustice to an outstanding intellectual life which lasted half a century.⁴ Nicolas Valticos firmly believed in the system of supervision of ILO Conventions and its unique attributes. Throughout his career, he defended staunchly and with conviction what he considered to be a model "à l'avant-garde du contrôle international, en raison de sa diversité et de son dynamisme",⁵ and worked untiringly for its improvement. By symbolic coincidence, typical of his accuracy and rigour, his writings on the ILO's system of supervision span a period of exactly thirty years, from 1964 to 1994.⁶ He also wrote extensively on the legislative function of the ILO and persuasively argued that "the body of standards contained in international labour Conventions and Recommendations contributed to the

⁴ His bibliographical output started in 1953 with *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil* (Paris, Sirey, 462 p.), and ended in 2003 with "Et si l'on faisait revenir le siège des Nations Unies en Europe?", *Revue générale de droit international public*, vol. 107, pp. 529-533.

⁵ "L'évolution du système de contrôle de l'Organisation internationale du Travail", *Mélanges Roberto Ago*, 1987, vol. II, p. 520.

⁶ "Aperçu de certains grands problèmes du contrôle international (spécialement à propos des conventions internationales du travail)", *Eranion en l'honneur de G. Maridakis*, Athènes, 1964, vol. III, pp. 543-586; "Once more about the ILO system of supervision: In what respect is it still a model?" in Niels Blokker and Sam Muller (eds.), *Towards more effective supervision by international organizations – Essays in Honour of Henry G. Schermers*, 1994, vol. I, pp. 99-113.

creation of an international common law in wide areas of human rights”.⁷ Nicolas Valticos’ restless mind looked into numerous other questions of legal theory and practice, such as the specificity of the ratification of international labour Conventions,⁸ the problem of their incorporation into domestic law,⁹ or the sources of international labour law.¹⁰ Like Georges Scelle or Wilfred Jenks before him, he saw in the development of international labour law a first-rate opportunity to materialize “le vieux rêve de la souveraineté étatique s’inclinant devant la règle de droit”, considering that “les conventions internationales du travail ont apporté la première grande brèche au domaine réservé, donc à la notion exclusive de souveraineté, puisqu’elles ont fait entrer dans le droit international un secteur aussi large que l’ensemble des problèmes du travail, c’est-à-dire des questions touchant de près les structures internes des pays et l’«intimité» même de la vie nationale”.¹¹ Yet, by far the most recurrent of all the topics touched upon by Nicolas Valticos were the freedoms of association and collective bargaining and the institutional machinery for their protection.¹² Based on the conviction that “la protection de la liberté syndicale exige un effort systématique et persistant car elle fait partie de l’effort séculaire de l’homme pour sa pleine libération”,¹³ Nicolas Valticos over

⁷ “The International Labour Organization, its contribution to the rule of law and the international protection of human rights”, *Journal of the International Commission of Jurists*, vol. 9, 1968, p. 19.

⁸ “Nature et portée juridique de la ratification des conventions internationales du travail” in *Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, 1989, pp. 987-1004.

⁹ “Conventions internationales du travail et droit interne”, *Revue critique de droit international privé*, vol. 2, 1955, pp. 251-288; “Monisme ou dualisme? Les rapports des traités et de la loi en Grèce (spécialement à propos des conventions internationales du travail)”, *Revue hellénique de droit international*, 1959, pp. 203-235; “Les conventions internationales du travail devant le juge français”, *Revue critique de droit international privé*, vol. 53, 1964, pp. 41-72; “Les effets des conventions internationales du travail en Suisse”, *Mémoires de la Faculté de droit de l’Université de Genève*, 1976, pp. 327-345; “Droit international du travail et droit interne français”, *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1977, pp. 11-37.

¹⁰ “Labour Law: International sources and institutional aspects”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XV, 1978, pp. 1-53; “The sources of international labour law: Recent trends” in *International Law and its Sources, Liber amicorum Maarten Bos*, 1988, pp. 179-196.

¹¹ “Droit international du travail et souverainetés étatiques” in *Mélanges Fernand Dehousse*, 1979, p. 125.

¹² “La Commission d’investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale et le mécanisme de protection internationale des droits syndicaux”, *Annuaire français de droit international*, vol. 13, 1967, pp. 445-468; “Une nouvelle expérience de protection des droits de l’homme: le groupe d’étude de l’OIT chargé d’examiner la situation en matière de travail et en matière syndicale en Espagne”, *Annuaire français de droit international*, vol. 16, 1970, pp. 567-589; “Un développement du droit international du travail: les droits syndicaux et les libertés publiques”, *En hommage à Paul Horion*, 1972, pp. 263-289; “Les méthodes de la protection internationale de la liberté syndicale”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, 1975, pp. 79-138; “Le rôle des normes et des procédures de l’OIT dans le développement de la situation syndicale en Pologne”, *Revue des sciences morales et politiques*, 1982, pp. 199-214.

¹³ “La protection internationale de la liberté syndicale vingt-cinq ans après”, *Revue des droits de l’homme*, vol. 7, 1974, p. 39.

the years deployed much of his energy and charisma to promoting the principles of freedom of association and exploring ways of making ILO procedures in the field of union rights more effective. His name remains associated, for instance, with the introduction of innovative supervisory mechanisms such as the “direct contacts” missions, which have since been widely used and praised as a pragmatic, flexible and discreet method of conducting diplomacy.¹⁴

To honour his memory and commemorate the first anniversary of his death, the Standards Department earlier this year launched the idea of a collective publication bringing together legal essays exclusively dedicated to international labour standards. It was hoped that as many aspects as possible of standards-related issues would be covered from both a retrospective and a forward-looking perspective, following the example of Valticos, whose writings so skilfully combined orthodoxy and perspicacity, continuity and vision. It was also intended to associate junior professionals with some of the most experienced and learned practitioners in this endeavour, thereby paying tribute to Valticos’ unflinching support to promising young colleagues.

The various contributions have essentially been arranged in four thematic categories, coinciding with the four subjects of predilection in Valticos’ prolific bibliography: the evolution of the supervisory system in its endless quest for effectiveness; freedom of association as a cornerstone principle and constant driving force of ILO action; the oft-debated relationship between internationally-accepted standards and domestic legislation; and the constitutional dimension of standard-setting activities. A final fifth section contains a number of papers generally reflecting on the future articulation of standards, their relevance and impact in the context of the challenges to come. Within each part, the contributions are ranked alphabetically, with the authors writing in their individual capacity.

It is immensely difficult to pay homage to Nicolas Valticos without risking understatement. To use the words that Valticos himself offered his great friend and stalwart of the ILO supervisory system for over thirty-five years, Roberto Ago,¹⁵ the main aims to which Valticos devoted his great talents and untiring activity were “tolerance, peace, the rule of law, justice between men as between nations, and the development of international law and of a true international community”. Could an international lawyer, and a proud national of a country of unrivalled culture and humanism have dedicated himself to a nobler cause? As he said a few years ago, referring to his country of origin, “de toute manière, ce n’est pas chose facile que de se montrer digne de la Grèce, parce que le nom

¹⁴ “Une nouvelle forme d’action internationale: les «contacts directs» de l’OIT en matière d’application de conventions et de liberté syndicale”, *Annuaire français de droit international*, vol. 27, 1981, pp. 477-489.

¹⁵ “Roberto Ago (1907-1995)”, *American Journal of International law*, vol. 89, 1995, p. 583.

est grand et l'héritage lourd. Mais finalement, qui se plaindrait vraiment d'un tel héritage? Et d'un héritage dont, en définitive, l'essentiel a été de faire de l'homme la mesure autant que l'objectif de toutes choses".¹⁶

The International Labour Standards Department presents this collection of legal essays as a modest tribute to the memory of the charismatic personality of Nicolas Valticos and in recognition of his monumental contribution to the furtherance of the Organization's noble objectives and his undying belief that "the task of the ILO will be more than ever before to try with all the means at its command, by rules of law and by daily action, to make real this eternal dream of man for justice, law, and peace".¹⁷

The Editors

Geneva, November 2004

¹⁶ "Les Grecs modernes face aux Grecs anciens", Conférence du 13 mars 1997 à l'Association Jean-Gabriel Eynard, Genève.

¹⁷ "The International Labour Organization, its contribution to the rule of law and the international protection of human rights", *Journal of the International Commission of Jurists*, vol. 9, 1968, p. 34.

PART I
THE SUPERVISORY SYSTEM



Les mécanismes de contrôle de l'OIT: bilan de leur efficacité et perspectives d'avenir

*Eric Gravel**

I. Introduction

«The ILO has no teeth». L'OIT ne peut pas mordre! Traduction libre de l'expression utilisée par le Premier ministre de Singapour au sein d'un forum international il y a quelques années. Cette expression peut résumer, à certains égards, la discussion entourant l'impact de l'action du BIT dans le domaine normatif et notamment l'efficacité de ses mécanismes de contrôle. Le volontarisme des moyens de l'OIT signifie-t-il que l'Organisation n'a pas de pouvoir de coercition vis-à-vis de ses Etats membres? Le dialogue qui s'instaure entre les organes de contrôle et les Etats qui ne respectent pas leurs obligations internationales aux termes des conventions de l'OIT est-il suffisant? A cet égard, la question de l'efficacité et de l'impact des mécanismes de contrôle de l'OIT a déjà fait l'objet de nombreuses discussions et analyses et d'une abondante littérature. Déjà en 1994, Nicolas Valticos écrivait que ce sujet pouvait sembler épuisé, et qu'après trente ans à œuvrer dans ce domaine, ce sujet l'avait d'ailleurs lui-même épuisé!¹

Au-delà des polémiques et d'un scepticisme justifié ou non, cet article se propose d'analyser de façon succincte l'efficacité et l'impact, tant d'un point de vue quantitatif que qualitatif, qu'ont pu avoir certains des organes de contrôle de l'OIT au cours des dernières décennies, notamment la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations et le Comité de la liberté syndicale. Enfin, cet article tentera d'examiner, à la lumière de l'influence qu'ils ont pu avoir à ce jour, les perspectives d'avenir de ces mécanismes de contrôle.

* Département des normes internationales du travail.

¹ Voir Nicolas Valticos, « Once more about the ILO system of supervision: In what respect is it still a model? » in *Mélanges H.G. Schermers*, 1994, vol. I, p. 99.

II. La Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations

La Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, instituée par le Conseil d'administration conformément à la résolution adoptée par la Conférence internationale du Travail en 1926, a pour mandat d'examiner les rapports des gouvernements sur l'application des conventions et d'autres obligations contenues dans la Constitution de l'OIT sur les normes internationales du travail. La première session de la commission a eu lieu en 1927 et au fil des années, elle est devenue, parallèlement à la Commission de l'application des normes de la Conférence, l'organe privilégié du contrôle régulier de l'application des normes. Ses travaux constituent en effet la pierre angulaire du système de contrôle de l'OIT.

Dans son évaluation de la conformité des législations, la commission d'experts, qui est composée de vingt juristes indépendants de haut niveau, exerce une compétence qui a maintes fois été qualifiée de quasi-juridictionnelle² bien qu'elle ne soit pas un tribunal. Elle exerce un pouvoir d'appréciation large dans le cadre de l'application des dispositions internationales. Pour rendre de telles appréciations, la commission d'experts se base sur les rapports soumis par les gouvernements conformément à leurs obligations constitutionnelles.

1. Impact des travaux de la commission d'experts

Le système de contrôle de l'OIT est extrêmement sophistiqué et a toujours été considéré, à juste titre, comme le «joyau» de l'Organisation. Mais quelle est l'aptitude des instruments normatifs à atteindre les objectifs de l'Organisation dans l'ensemble de ses membres, malgré des niveaux de développement extrêmement variés? S'agissant de la commission d'experts, son efficacité peut sans doute être évaluée par sa capacité d'obtenir l'application des obligations en droit et de les rendre effectives dans les faits.

Les méthodes de travail de la commission d'experts ont évolué au cours de son existence et dans le cadre de son mandat défini en termes généraux. La commission peut en effet élaborer de manière autonome ses propres méthodes de travail. A cet égard, depuis 1964, la commission d'experts a décidé de répertorier les cas dans lesquels les gouvernements, en réponse à ses commentaires, ont modifié leur législation ou leur pratique, de manière à donner pleinement effet aux conventions ratifiées. Ces cas sont communément appelé «cas de progrès».

² Voir Nicolas Valticos, *Droit international du travail*, 2^e édition, Dalloz, 1983, p. 587, paragr. 756.

Destiné à l'origine à contrebalancer les commentaires formulés, cette liste de cas de progrès, qui couvre à ce jour des mesures prises par plus de 85 gouvernements provenant de toutes les régions du monde, témoigne de façon impressionnante des efforts que les gouvernements ont déployés afin que leur législation et leur pratique nationales soient conformes aux dispositions des conventions de l'OIT qu'ils ont ratifiées.³ Concrètement, la commission identifie un cas de progrès en prenant note avec «intérêt» ou «satisfaction», dans une observation, que le gouvernement visé a donné une suite positive à ses commentaires antérieurs.

Mais comme la commission l'a elle-même souligné dans son rapport de 2002, il existe beaucoup de cas «invisibles» ou moins manifestes dans lesquels les normes internationales du travail ont exercé une influence positive. En effet, l'impact de la commission d'experts ne se mesure pas uniquement à la lumière des cas de progrès répertoriés. A cet égard, il convient de ne pas négliger l'impact indirect ou a priori du travail de la commission. La commission d'experts peut exercer un contrôle préventif considérable, qui est, par le fait même, difficilement quantifiable. A ce sujet, Nicolas Valticos a souvent estimé que l'efficacité du contrôle ne doit pas seulement se mesurer aux résultats de son rôle «répressif», mais aussi au rôle préventif que l'existence même d'un mécanisme de contrôle vigilant peut avoir, en incitant les Etats à étudier sérieusement et souvent même à adopter, avant de ratifier une convention, les mesures nécessaires à son application.⁴

Dans cette évaluation du contrôle préventif que peut exercer la commission d'experts, il y a également lieu de mentionner les demandes directes qu'elle soumet chaque année à certains gouvernements. En effet, ces demandes directes, par lesquelles la commission établie un dialogue avec les gouvernements et lui demande généralement des éclaircissements sur des points jugés moins urgents, ne figurent pas dans le rapport de la commission publié chaque année. Ainsi, le suivi positif donné aux demandes directes n'apparaît jamais sous la rubrique des cas de progrès.

Par ailleurs, dans certains cas, les mesures prises par les gouvernements afin de répondre aux commentaires de la commission d'experts reposent sur d'autres considérations. En effet, les Etats répugnent en général à ce que leurs manquements et le non respect de leurs obligations internationales soient discutés publiquement. Il ne faut pas négliger le fait que les travaux de la commission d'experts servent de base à ceux de la Commission de l'application des normes de la Conférence et que la seule possibilité qu'un Etat puisse figurer sur la «fameuse» liste des cas individuels qui seront discutés publiquement à la Conférence peut produire un effet dissuasif.

³ S'agissant des cas de progrès relevés par la commission d'experts jusqu'au milieu des années soixante-dix, voir l'étude sur *L'impact des conventions et recommandations internationales du travail*, BIT, 1977, pp. 56-57.

⁴ Voir Valticos, précité note 2, p. 603, paragr. 774.

En outre, les commentaires de la commission d'experts portant sur des situations particulièrement graves et restés sans réponse de la part des gouvernements peuvent ouvrir la voie à l'utilisation d'autres mesures prévues par la Constitution de l'OIT. Cela a d'ailleurs été le cas pour le recours à l'article 26 de la Constitution et l'établissement de la commission d'enquête sur le Myanmar concernant les questions de violations des dispositions de la convention n° 29 sur le travail forcé. Et dans la foulée, la non application des recommandations de la commission d'enquête par le Myanmar a donné lieu, pour la première fois, au recours à l'article 33 de la Constitution, et a ainsi rappelé la capacité de contrainte de l'OIT vis-à-vis de ses Etats membres.

De plus, il est certain que l'action des organes de contrôle ne peut être mesurée uniquement en fonction des procédures officielles et que tout ce qui peut accompagner ces procédures, en particulier la mise en œuvre de l'assistance technique, joue un rôle considérable. En effet, les observations et les recommandations en soi n'ont, dans certains cas, de réelles valeurs que si elles sont prolongées par une assistance technique.

Enfin, comme l'a récemment souligné le nouveau président du Conseil d'administration du BIT, l'influence de l'action normative se manifeste de bien d'autres manières que par le seul contrôle de l'application des conventions ratifiées. Elle a le potentiel de s'exercer de manière universelle, même si ce n'est pas sous la forme d'obligations juridiques de résultat, telle qu'en témoigne la Déclaration de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail.⁵

III. Le Comité de la liberté syndicale

Le Comité de la liberté syndicale a été créé en 1951 et constitue un organe tripartite du Conseil d'administration du BIT. Instauré initialement pour procéder à l'examen préliminaire des allégations relatives à des violations de la liberté syndicale, et ne nécessitant pas le consentement préalable de l'Etat pour procéder à l'examen d'allégations même en l'absence de ratification formelle des conventions en matière de liberté syndicale, le comité a néanmoins dû procéder à l'examen des plaintes quant au fond. Il est ainsi devenu l'organe principal chargé d'examiner les plaintes pour violations des droits syndicaux et a, à ce jour, examiné plus de 2,300 plaintes provenant de tous les continents.

⁵ Voir préface de Philippe Séguin de l'ouvrage de Francis Blanchard, *L'Organisation internationale du Travail*, Editions du Seuil, 2004, p. 22.

1. *Impact des décisions du comité*

L'efficacité et l'impact qu'a pu avoir ce comité depuis sa création se mesurent, d'une part, à la réputation que cet organe s'est construit au cours des années grâce à sa structure tripartite et à l'application de principes juridiques et de règles procédurales qui l'ont éloigné d'un processus de décision politique et arbitraire, et, d'autre part, à partir de cas de progrès que le comité répertorie de façon systématique depuis le début des années soixante-dix. En effet, une fois qu'une plainte a été déposée et que le comité a formulé des recommandations, la question a souvent été posée de savoir, une fois que le cas n'était plus à l'ordre du jour du comité, quelles avaient été les suites données par les gouvernements aux dites recommandations. A cet égard, le comité s'est demandé à sa session de novembre 1971 si son rôle devait s'arrêter à la formulation de recommandations ou s'il ne devait pas suivre l'évolution des affaires dont il avait eu à traiter.⁶ Ainsi, afin de renforcer sa procédure et pouvoir mieux évaluer les cas de progrès, le comité, à sa session de novembre 1971, a estimé qu'il serait indiqué de prendre des mesures systématiques à cet égard et depuis cette date, dans la plupart des cas où il suggère au Conseil d'administration de formuler des recommandations à un gouvernement, le comité demande au gouvernement intéressé de le tenir informé, après une période raisonnable compte tenu des circonstances de chaque affaire, des suites qu'il a pu donner aux recommandations qui lui ont été adressées.

De façon similaire à la commission d'experts, le comité note un cas de progrès lorsque suite au dépôt d'une plainte devant ce dernier et à ses recommandations subséquentes, un changement législatif ou une modification dans la pratique (libération de syndicalistes, réintégration de travailleurs licenciés pour motifs syndicaux, enregistrement de syndicats, octroi du droit à la négociation collective, etc.) ont été opérés dans le pays mis en cause. Depuis 1971, plus de soixante-dix pays répartis sur cinq continents ont pris des mesures à la suite des recommandations du comité ou l'ont informé de développements positifs survenus dans le domaine de la liberté syndicale.

Selon des chiffres récents compilés par le Service de la liberté syndicale, au cours de la décennie 1991-2001, près de 2,000 syndicalistes de 40 pays auraient été libérés suite aux recommandations du comité.⁷ En outre, au-delà des mesures correctives qui ont pu ainsi être obtenues, ce mécanisme de protection en matière de liberté syndicale a joué un rôle positif en permettant de préciser, dans des situations concrètes, les diverses conséquences pratiques des principes

⁶ Voir 127^e Rapport du Comité de la liberté syndicale, novembre 1971, paragr. 22 à 28.

⁷ Pour un bilan des années soixante à quatre-vingt sur cette question, voir A.J. Pouyat, « Les normes et les procédures de l'OIT en matière de liberté syndicale: un bilan », *Revue internationale du Travail*, vol. 121, 1982, pp. 309-325.

généraux énoncés dans les conventions pertinentes de l'OIT, tout comme les tribunaux, au niveau national, sont appelés par leurs décisions à donner vie et signification aux préceptes énoncés dans les codes et les lois.

De plus, tel que mentionné pour la commission d'experts, l'impact du Comité de la liberté syndicale ne peut évidemment pas se mesurer uniquement à partir d'une addition de cas de progrès, et ces chiffres ne peuvent rendre compte du rôle joué par le comité que d'un point de vue statistique. En effet, à l'instar de la commission d'experts, le comité joue un rôle préventif non négligeable en matière de liberté syndicale, et le retrait de plaintes suite à un accord trouvé entre les parties avant même que le comité n'ait pu examiner le cas au fond, en est une illustration importante. En outre, il convient de souligner que le caractère unanime de toutes les recommandations adoptées par cet organe tripartite à ce jour ne peut qu'accroître la force morale que le comité exerce auprès des gouvernements, des travailleurs et des employeurs, et par conséquent l'efficacité des recommandations qu'il formule.

Bien que le succès du comité puisse se vérifier en partie par l'accroissement des cas de progrès répertoriés au cours des dernières années (cette augmentation est par ailleurs nécessairement liée à l'accroissement du nombre de cas examinés par le comité), ce succès se fonde plus généralement dans le résultat de l'action conjointe des différents organes de contrôle de l'OIT où interviennent d'une part, des organes techniques, dont les membres sont choisis en vertu de leur indépendance et de leur expertise et, d'autre part, l'action des organes représentatifs qui regroupent les délégués des gouvernements, des travailleurs et des employeurs. Enfin, il convient de ne pas négliger les autres moyens dont dispose l'OIT et auxquels le comité a souvent recours, tels que la formule des missions de contacts directs.

IV. Perspectives d'avenir

Si la réussite et l'efficacité des organes de contrôle de l'OIT doivent se mesurer à l'étendue des résultats obtenus et à leur permanence, les nombreux cas de progrès notés, tant par la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations que par le Comité de la liberté syndicale depuis plusieurs décennies, tendent à démontrer que ces mécanismes de contrôle ont pleinement rempli leur rôle depuis leur création.

Toutefois, la question peut se poser à savoir si ces mécanismes pourront continuer à moyen terme, et même à court terme, à fonctionner efficacement tel qu'ils le font aujourd'hui. En effet, victimes de leur propre succès et notamment des campagnes de promotion visant à la ratification de plusieurs conventions, ces organes de contrôle, dans l'état actuel de leur fonctionnement, ont un avenir qui est plus que préoccupant. En ce qui concerne la commission

d'experts, faut-il rappeler qu'en 1927, à sa première session, la commission avait examiné 180 rapports provenant de 26 Etats membres. Aujourd'hui, avec 177 Etats membres et plus de 7,200 ratifications, c'est près de 3,000 rapports qui seront dus pour examen par la commission d'experts à sa prochaine session. Avec l'augmentation des ratifications, ce nombre ne fera évidemment que croître à l'avenir.

Par ailleurs, au début des années quatre-vingt, alors que Nicolas Valticos était encore Sous-directeur général du BIT, ce dernier avait observé qu'environ quatre-vingt-dix pour cent des rapports dus par les gouvernements au titre de l'article 22 de la Constitution était effectivement reçus. Aujourd'hui, la commission d'experts ne reçoit qu'entre soixante à soixante-cinq pour cent des rapports dus. De ce pourcentage, elle arrive à traiter environ soixante-cinq pour cent des rapports reçus, et doit différer les autres à l'année suivante, et ce, pour des raisons diverses telles que l'envoi tardif des rapports par les gouvernements, la nécessité de traduire certaines communications et législations, la réception d'informations incomplètes ou une surcharge de travail.

Ainsi, d'ici quelques années, à la lumière de l'augmentation constante du nombre de ratifications et de rapports dus, la commission d'experts, pierre angulaire du système de contrôle, ne sera plus à même d'examiner environ les deux tiers de ce qu'elle devrait contrôler. En conséquence, à moins d'une augmentation substantielle des moyens de son secrétariat, ou d'une révision complète de ses méthodes de travail, y compris de la façon même d'aborder les rapports des gouvernements au titre de l'article 22 de la Constitution, le système actuel risque l'asphyxie.

Du côté du Comité de la liberté syndicale, les chiffres actuels peuvent mener à une analyse similaire. Victime de son succès, et notamment des efforts de promotion et des nombreux programmes de formation dispensés par l'Organisation dans le domaine de la liberté syndicale, le nombre de plaintes devant le comité a littéralement explosé ces dernières années. Malgré une révision de ses méthodes de travail en 2002, qui permettent notamment un meilleur filtrage des plaintes, le nombre de cas en instance devant le comité est passé de 214 en 2001, à 304 en 2003, avec une projection de 340 cas en 2004.

Si l'efficacité et la pérennité même de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations et du Comité de la liberté syndicale veulent être préservées, ces organes de contrôle devront poursuivre leur réflexion concernant leurs méthodes de travail d'une part, et des choix clairs devront être faits par l'OIT et ses mandants d'autre part, afin d'assurer la survie d'un système de contrôle que d'aucuns qualifient encore aujourd'hui de véritable modèle sur le plan international.

Shaping a dynamic ILO system of regular supervision: The Valticos years

*Ernest A. Landy**

During the ILO's second decade, when the world was stumbling from economic depression to Armageddon, the procedure established in 1927 to monitor the application of ratified Conventions had just begun to function. With the outbreak of World War II, the relevance of ILO supervision, even its very future, were clearly in jeopardy. Such doubts lessened however in 1941, the year the Soviet Union, Japan and the United States became belligerents. During their August meeting in a Nova Scotia bay, President Roosevelt and Prime Minister Churchill included among their war aims, as spelled out in the "Atlantic Charter", the "securing for all of improved labour standards, economic advancement and social security." And in November, the US President, speaking in the White House, assured the delegates to an ILO meeting: "When this world struggle is over, you will be prepared to play your own part in formulating those social policies upon which the permanence of peace will so much depend."

Roosevelt's prediction became a reality when the International Labour Conference, during its memorable Philadelphia session just three years later and during a 1946 meeting in Montreal, laid the ground work for the future by defining its aims and purposes and by revising the ILO Constitution, especially in relation to standards implementation.

This essay attempts to trace briefly those aspects in the development of post-war policy which involve the shaping and refinement of the Organization's system of regular supervision. Thus, already in the 1950s and 1960s it became clear that beyond the purely legal framework of the system, other factors came to the fore: the actual functioning of this novel venture, the role of standards in a broader context, the implications of tripartism and, above all, the emphasis on governmental response, i.e. the quest for effective supervision and implementation. The pages which follow review the variety of practical, often pragmatic,

* Former Chief of the Application of Standards Branch, International Labour Standards Department.

measures taken to deal with these and other related issues. It is no mere coincidence that, during the years these measures were taken, responsibility for the Office's standards-related activities was in Nicolas Valticos' hands.

I. International labour standards and technical co-operation

Along with the adoption of the Universal Declaration of Human Rights, the United Nations' early years were marked by the launching of an ambitious program of technical aid under the label "technical co-operation". Fully awake to the social implications of this initiative, the ILO was eager to participate. Under Article 10 of the Constitution, the Office is in fact mandated to "accord to governments at their request all appropriate assistance in connection with the framing of laws and regulations on the basis of the decisions of the Conference and the improvement of administrative practices and systems of inspection". In addition, ILO experts were available to give advice in such areas as employment services, labour statistics, wage-fixing machinery, social security as well as occupational safety and hygiene, all of which are in some way addressed in the International Labour Code. It was therefore recognized from the start that these experts needed to be adequately briefed on the pertinent instruments, mainly Conventions, existing in their area of activity. If such a Convention had already been ratified, background information on its application was included in their briefings, especially if advice might help to overcome difficulties of implementation. When an expert returned from assignment, standards-related information was of potential interest, particularly in the case of ratified Conventions.

In the early years there was some doubt as to the interplay between operational activities and ILO standards. But already in 1958 the Conference Committee on Standards recognized that the "two concepts are in fact closely interrelated and supplement each other at every stage." It remains clear to this day that from the specific perspective of ILO supervision, experience in the field is a valuable tool in appreciating the difficulties governments may encounter in giving effect to standards and that, hopefully, technical expertise may point a way to a solution, thus demonstrating the mutually reinforcing potential of the two methods of action.

II. Public information and educational activities

A supervisory system relies for lasting results on a body of informed public opinion. In the case of the ILO, action needs to address two groups: the Organization's tripartite constituency, and more generally, the segments of the public at large which are concerned with labour problems and involved in their solution.

From early in the post-war period, the most widely used general-purpose publication was an illustrated booklet entitled "International Labour Standards, Their Nature, Their Working, Their Value". Available in a number of languages and going through a series of updated editions, this brochure seemed to fill a variety of needs and opened the way to more specialized information tools: charts and lists of ratification, summaries of Conventions, a "Manual of Procedures" relating to ILO standards, etc. With the publication by the Office of "The International Labour Code 1951" and the appearance some two decades later of Nicolas Valticos' monumental "Droit international du Travail" (of which Spanish and English editions were published in 1977 and 1979), academics and labour law specialists had available a detailed and authoritative treatise not only on the content of ILO standards but also on their history and implementation.

With a specifically trade union audience in mind, the Office also put together a Workers Education Manual on Standards. An educational initiative was launched in the 1960s for the benefit, this time, of government officials in the developing countries; such training sessions were organized in Africa, Asia and Latin America to discuss the ILO's standards-related activities focusing mainly on the reporting provisions of the Constitution, the work of the supervisory bodies, the need to respond to their comments and to take any implementing measures this might entail. Participants in these courses would later attend the Conference and sit on its Committee on Conventions and Recommendations or on other technical committees.

III. The need to simplify reporting and supervision

With the growing workload which the supply of reports placed on governments and which the examination of these reports placed on the Committee of Experts, it became important as early as the 1950s to look for simplifications in the periodicity of reporting and in the formulation of the supervisory comments.

Until 1958, the information on the effect given to ratified Conventions had been due every year. For the following two decades these reports were called for on a two-yearly basis. In 1977, their periodicity was made dependent

on the importance and the urgency of the issues raised by the previous findings of the Committee of Experts. Under this selective system (as further refined subsequently) detailed reports can be called for on a yearly, two-yearly or five-yearly basis.

Following a similar trend to concentrate on those implementation problems needing priority attention, the Experts began in 1957 to include only major observations in their published report, leaving other points or clarifications to be addressed to governments in the form of “direct requests”. On the other hand, the Experts would indicate in footnotes to selected observations whether a response was called for in a report the following year or even earlier in the Conference Committee on Standards.

As is clear from this rapid overview, the new techniques of reporting and examination were all intended to concentrate on the most urgent and complex issues requiring priority attention in the hope of promoting full consideration of such problem cases at the tripartite level.

IV. Tripartism as a growing factor in ILO supervision

With non-governmental organizations nowadays playing such a prominent role in national and global affairs, it is easy to forget that the full-scale participation of workers and employers in the newly created International Labour Organization was at the time a bold innovation, especially from an international perspective. A quarter century later, after the Second World War, the ILO went a step further in formally associating the occupational organizations in the operation of its supervisory system. One of the constitutional amendments adopted in 1946 requires governments to send copies of their reports to the representative organizations of workers and employers so as to make them aware of the information transmitted to the International Labour Office and to enable them to comment, especially in cases where the Experts had previously raised questions concerning national laws and practice. Initially only a few occupational organizations seized this new opportunity, prompting the Committee of Experts and the Conference Committee to express their surprise at the organizations’ failure to play a more active role in the supervisory process. The Office then decided to send letters each year to the central workers’ and employers’ organizations, supplying them with background data on the reports currently due, such as report forms and copies of outstanding observations concerning their country. In addition, the Office responded to a request of the Workers’ Group by organizing short study sessions on standard-setting and procedures for union representatives attending the Conference.

The number of comments from the occupational organizations soon showed a steady increase from a yearly average of 12 in the 1960s to around 70 a decade later, reaching as high as 200 in recent years. Between a quarter and a third of these comments come from the employers' side, proof that the system truly serves the interests of both non-governmental partners. Thus a practical, relatively inexpensive initiative has helped over time to extend the scope of supervisory techniques in an essential way.

Not unrelated to this trend was the adoption in 1976 of the Tripartite Consultation (International Labour Standards) Convention (No. 144) which calls for the operation of national procedures to ensure effective consultation between government, employer and worker representatives on, *inter alia*, "questions arising from the reports to be made to the International Labour Office" on ratified Conventions. The ratification of Convention No. 144 by over 100 countries should give added impulse to the tripartite tradition throughout the ILO's standards-related activities.

V. Enlisting the Conference as a resonant supervisory forum

The growing worker and employer involvement in the reporting phase of supervision soon found its parallel in the proceedings of the tripartite Conference Committee on Standards: when the non-governmental members found that repeated discussions of serious cases of non-compliance failed to produce results, they proposed in 1957 to "highlight" the most persistent cases in a "special list" intended to draw the attention of the Conference to the urgent need for action. After initial opposition and voting, the list soon became part of the Committee's regular procedure. Although occasionally dubbed the "black list", this innovative technique, which also included the adoption of "special paragraphs", helped over time to pave the way towards fuller implementation.

Sometimes the mere possibility of special mention acted as an inducement towards remedial measures. More often actual inclusion in the list was needed to produce progress. In a 1930s study on the League of Nations, a British academic had coined the phrase "mobilization of shame", which perhaps best sums up the motivation behind the whole special list strategy.

It is however true that the strategy was also one of the factors which during the final years of the Cold War era prevented on three occasions the formal approval of the Standards Committee's Report by the Conference plenary, due to the lack of a quorum.

VI. Discrete diplomacy as a new supervisory tool: The direct contacts procedure

It was Nicolas Valticos who, a decade after the introduction of the special list, came up with the idea of using on-the-spot diplomacy to help governments cope with major difficulties in complying with ratified ILO Conventions. The concept was relatively simple: when other supervisory efforts had failed, why not move from written comments and often controversial exchanges in the public arena of the Conference to a private and more relaxed dialogue in the country concerned where the government could explain its problems more fully while at the same time seeking practical advice towards a solution?

The Experts who were all too familiar with the type of situations to be addressed in this way readily agreed to the concept, noting in their 1967 report that it might “contribute to a positive solution to the problems encountered rather than to have to make fruitless criticism ending in deadlock”.¹ After the Conference Committee also endorsed the idea, the Committee of Experts spelled out the basic principles the following year: in essence, an ILO representative, either a staff member or an independent person, would at the initiative or with the consent of the government concerned, visit the country to discuss specific difficulties with officials and would also be in contact with the national workers’ and employers’ organizations. The direct contacts approach soon came to be used for a much broader range of purposes than originally envisaged, particularly in the contentious sphere of freedom of association.

In practical terms, the procedure can perform three main functions: to bring national policy in line with the requirements of ILO standards; to establish the facts underlying effective compliance; and to provide a kind of technical assistance. Its main advantages are flexibility of operation, informality, a pragmatic approach and relative rapidity. In a ten-year review of the experience gained (1969-1979), the Committee of Experts welcomed the results obtained.²

Valticos who directly and indirectly had been so closely involved in all aspects of the direct contacts enterprise found himself “in the eye of the storm” during the ups and downs of the dramatic “Solidarity” case which contributed significantly to the end of the Cold War. As representative of the Director-General, he visited Poland several times, eventually securing permission to see Lech Walesa, then in detention. No wonder that in a lecture to the Japan Institute of Labour (Tokyo, October 1985) he underlined the features and “positive results” of the direct contacts procedure, although not mentioning that it had originally been his brainchild.

¹ See Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 51st session, 1967, *Report III (Part IV)*, para. 39, p. 12.

² See Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 65th session, 1979, *Report III (Part 4A)*, pp. 13-27.

VII. Tabulating the results of regular supervision

With the long-term efforts that go into the shaping and operation of an extensive supervisory system, there has always been an understandable concern whether all the reporting, the scrutiny, the discussions and the sometimes painful decisions have led to tangible results. As the system developed in scope and complexity, the need for reliable evidence became more and more obvious.

In the 1960s a survey of the effectiveness of ILO supervision got under way at the Graduate Institute of International Studies in Geneva, supported by a grant from the Rockefeller Foundation in New York. The objective was to trace the governmental response – positive or otherwise – to the observations made by the Committee of Experts over a period of 30 years. Based on a sample of about a thousand documented cases, the results were ultimately published in statistical form.

The criterion for determining in a given case whether actual progress had occurred was a statement in the Experts' report noting "with satisfaction" that the shortcomings they had pointed to previously had been removed.

It was in the light of this systematic enquiry into the eventual outcome of its efforts that the Committee of Experts began in 1964 to list in its reports the "cases of progress" recorded during its current session. Continued from year to year, the Committee has been able to point to a mounting total of such cases so that already in the 1990s the cumulative figure had passed the 2,000 mark. While this is an impressive record by any measure, it is also true that the implementing steps governments take are not all of the same degree of importance in terms of national social policy or international implications.

VIII. ILO supervision in the era of globalization

Just as Nicolas Valticos was leaving the helm of the International Labour Standards Department, the complex issues surrounding worker rights and world trade were moving to the forefront of the ILO's agenda. Adding a touch of symbolism, the newly-formed World Trade Organization was soon to begin operation in the building on Lake Geneva that formerly housed the ILO's headquarters. In a 1981 lecture, Valticos discussed the concept of "minimum international labour standards", suggesting that "the ILO, as well as all its member states (and not only the developing ones), should make a systematic effort to promote in the first place the implementation of these instruments".³

³ See Nicolas Valticos, "Social conditions, equitable competition and trade" in *World Interdependence and Economic Co-operation Among Developing Countries*, Centre for Applied Studies in International Negotiations, Geneva, 1982, p. 59.

Twenty years later he struck a somber note:

... Il s'agit ici d'un problème des plus importants de l'OIT. Au cours de son histoire, l'Organisation a rencontré bien des obstacles. Ceux découlant des conceptions relatives à la mondialisation sont sérieux, mais le mouvement du pendule ne peut s'arrêter, car l'heure du social et de l'humain ne peut être indéfiniment écartée. On ne peut, une fois encore, ne pas entendre les grandes voix qui se sont prononcés en ce sens, et en particulier celle, en 1941, du président Franklin Roosevelt, pour qui la politique économique ne "saurait être un but en soi; elle ne peut être qu'un moyen de réaliser des buts sociaux".⁴

The ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work adopted by the Conference in 1998 is designed to meet the challenges of globalization and indeed to ensure that social progress goes hand in hand with economic progress. The Follow-up Annex to the Declaration provides that the "established supervisory mechanisms" will be part of the yearly reviews on the effect given to the fundamental Conventions covered by the Declaration. Since these Conventions are among the most widely ratified, the continued functioning of the periodic supervision system is sure to make a material contribution to the follow-up of the Declaration.

Starting in the 1980s, the Committee of Experts has been focusing attention on the application of ratified Conventions in the export processing zones set up in various parts of the world. These zones are an important feature of the new global economy and working conditions there illustrate the type of labour and social problems which need to be dealt with. Among the issues mentioned by the Experts figure for example the question of the *de jure* and *de facto* application of the provisions of ratified Conventions, the right to organize and the effect given to the equal remuneration and discrimination standards in the International Labour Code. With the passage of time these and similar legal and practical issues of the globalized economy will, hopefully, receive the attention they deserve within the interconnected framework of the ILO's follow-up procedures.

*
**

⁴ See Nicolas Valticos, "Droits de l'homme et droits du travail sur le plan international – Questions anciennes et problèmes nouveaux" in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle – Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, 2001, p. 488.

Looking back over the Valticos decades is liable to give rise to conflicting reactions: on the one hand it can underline the difficulties besetting international supervision, a task compared by Valticos to “the labours of Sisyphus”, an effort repeated again and again, possibly with scant chances of eventual success; and yet, this essay should also help to show that the kind of pragmatic steps and practical initiatives described can over time lead to results in terms of non-governmental involvement as well as governmental response.

To use a much-quoted French phrase about politics, ILO supervision has survived as an ongoing demonstration of “the art of the possible”. At a time when the nation-State is still the determining factor in world affairs, machinery such as that pioneered by the ILO can offer opportunities for progress even when dealing with such complex and potentially controversial subjects as the improvement of working conditions and the promotion of human rights within a highly diverse, competitive and at times daunting global environment.

The “*Berufsverbot*” problem revisited – Views from Geneva and Strasbourg

*Klaus Samson**

I. Introduction

The ILO Constitution provides for two forms of supervision of the observance of ratified ILO Conventions – regular supervision based on examination of periodic reports from Governments, and contentious procedures of representation (to be examined by the Governing Body) and complaints (which may be referred to a Commission of Inquiry). During the first forty years of the ILO’s existence, reliance was placed almost exclusively on non-contentious supervision. Its efficacy had been enhanced by the creation in 1927 of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations and of a standing Conference Committee in which problems of observance of ILO Conventions could be discussed directly with governments. Although there were several representations on technical issues, prior to 1961 there had been only one complaint, filed in 1934, concerning hours of work on the railways in India. It had been settled on the basis of an undertaking by the Government to adopt remedial measures.

One may wonder why so little use was made of the complaints procedure during all those years. Governments as well as workers’ and employers’ organizations appear to have been satisfied with the results yielded by the regular supervision arrangements. They may also have been reluctant to initiate complaints that would be seen as inimical to the country concerned and might harden resistance to influence from the ILO. The complaints filed in 1961 by the Government of Ghana against Portugal and in 1962 by the Government of Portugal against Liberia were the first to lead to the appointment of commissions of inquiry. They were motivated by political considerations and reflected strained international relations. A number of subsequent complaints were similarly submitted

* Former Coordinator for Human Rights Questions, International Labour Standards Department.

against a background of political controversy, such as those against Greece, Chile, Poland, the Federal Republic of Germany and Romania. The ILO has always been anxious to ensure that, whatever the motivation underlying the submission of a complaint, the issues would be examined in an impartial and objective manner, in terms of the legal considerations involved.

There are no formal texts regulating the procedures of ILO Commissions of Inquiry. Whenever appointing such a Commission, the Governing Body has authorized it to establish its own procedure. Through their advice to the early commissions, Wilfred Jenks and Nicolas Valticos made a vital contribution to the fashioning of these procedures. The pattern thus established became the model for all subsequent commissions. An established practice was sufficiently flexible to permit adaptation to the particular exigencies of different cases.¹

Although ILO Commissions of Inquiry have followed certain aspects of judicial procedure (for example, in observing the *audi alteram partem* rule and in the manner in which the hearings of witnesses have been organized), they have considered that their task was not limited to adjudicating on submissions by the parties. They have taken considerable initiatives in gathering information on the issues before them. They have also been concerned to give a full account of their work in their reports, so as to enable readers to judge the basis for their conclusions and recommendations. Although hearings of witnesses have been held in private, after the conclusion of the inquiries the records of the hearings have been placed in the ILO Library.

I was a member of the secretariat of the first two ILO Commissions of Inquiry, regarding forced labour in Portuguese Africa and in Liberia. Two decades later I was responsible for the secretariats of the Commissions that examined complaints concerning the conditions of Haitian workers on the sugar plantations of the Dominican Republic and the exclusion of political radicals from public employment in the Federal Republic of Germany – the so-called “*Berufsverbot*” controversy.² In the present essay I intend to review the questions examined by the last of these Commissions. Several cases raising the same issues were brought before the European Court of Human Rights. I propose to compare the Court’s conclusions with those reached in the ILO and to consider the effects of the work of the Court and of the ILO.

¹ Nicolas Valticos reviewed the work of ILO inquiries over a period of 25 years in his article “Les Commissions d’enquête de l’Organisation internationale du Travail”, *Revue générale de droit international public*, vol. 91, 1987, pp. 847-879.

² The expression “*Berufsverbot*” (occupational ban) was current among critics of official policies and practice. The German authorities maintained that no such bans existed, and that the issue concerned measures to ensure observance by public servants of their duty of faithfulness to the Constitution.

II. The German case – preliminary questions

ILO Commissions of Inquiry have generally had as their primary task the ascertainment of facts, and have had to weigh up conflicting evidence provided by the parties. In the German case – in which a great mass of information on individual cases became available, including court decisions – the facts were not disputed. The debate was essentially one of law, namely, whether legislation and practice, as evidenced by the documents submitted to the Commission, were in harmony with the provisions of the ILO Convention on discrimination in employment and occupation.³

The case involved a major Western democracy, and the question was raised why the ILO should devote its attention to the situation there, when there were serious human rights problems in many other countries. It should be noted that, like other international bodies that maintain procedures for examining complaints of violations of human rights standards, the ILO does not control the use made of that possibility to submit complaints. Moreover, as will be shown below, the decision to refer the German case to a Commission of Inquiry flowed from discussions that had taken place under several ILO procedures over a number of years. Nor should one underestimate the significance of the issues examined by the ILO Commission. They involved the balancing of conflicting interests between, on the one hand, freedom of expression and of association within democratic political processes and, on the other, the State’s concern to ensure its security and to protect the functioning of public services. The impugned measures were also far-reaching in their personal reach, since they might affect all workers in the public sector.

1. Origin of the dispute

The Constitution (Basic Law) of the Federal Republic of Germany guarantees a number of fundamental rights, including the rights to freedom of expression and of association, the right not to be disadvantaged by reason of one’s political opinions, the right to free choice of occupation, and the right of every German to equal access to every public post according to his ability, qualifications and occupational performance. The Constitution also imposes certain limitations. Thus, it prohibits associations directed against the constitutional order.

³ In a letter to the Commission prior to its hearing of witnesses, the Government observed that that session should be devoted primarily to questions of law rather than questions of fact. It stated that legal practice, in so far as reflected in judicial decisions, was not contested by the Federal Government – see Report of the Commission, *Official Bulletin*, vol. 70, 1987, Series B, p. 11.

Article 21 of the Constitution provides for the free establishment of political parties and their right to participate in forming the political will of the people. However, parties which, judged by their aims or the behaviour of their adherents, seek to impair or abolish the free democratic basic order or to endanger the existence of the Federal Republic of Germany may be declared unconstitutional by the Federal Constitutional Court.

In the 1950's the Federal Constitutional Court declared two parties – the Socialist Reich Party and the Communist Party of Germany (KPD) – to be unconstitutional under the above-mentioned provisions.⁴ It ordered their dissolution and prohibited the formation or continuation of substitute organizations.

The late 1960's saw the establishment of the German Communist Party (DKP) and of the right-wing National Democratic Party of Germany (NPD). The authorities decided not to seek the prohibition of these parties by the Federal Constitutional Court, but to combat them politically. Measures were, however, taken to limit access to the public service by persons active in such parties. In 1972 both the federal authorities and regional governments issued guidelines for the verification of faithfulness to the free democratic basic order of public servants and applicants for employment in the public service – the so-called Radicals Decree. The legality of these measures was upheld by the Federal Constitutional Court in 1975. The authorities and the courts formulated a new concept not mentioned in the Constitution, namely, that of organizations which, though lawful, pursued aims hostile to the Constitution. Persons active in such organizations were to be excluded from the public service. Traditionally, public servants played a prominent role in German political life. Measures barring adherents of certain parties from the public service thus significantly weakened those parties.

2. Circumstances leading to the appointment of an ILO Commission of Inquiry

The Federal Republic of Germany ratified the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111) in 1961. The Convention defines “discrimination” as including any distinction, exclusion or preference made *inter alia* on the basis of political opinion which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation. Ratifying States undertake to declare and pursue a national policy designed to promote equality of opportunity and treatment in respect of employment and

⁴ The decision banning the Communist Party of Germany was upheld by the European Commission of Human Rights as compatible with the European Convention of Human Rights.

occupation, with a view to eliminating any discrimination in respect thereof. States are required, amongst other measures, to pursue the policy in respect of employment under the direct control of a national authority and also to repeal any statutory provisions and to modify any administrative instructions or practices that are inconsistent with the policy. The Convention provides for two exceptions. According to Article 1, paragraph 2, any distinction, exclusion or preference in respect of a particular job based on its inherent requirements shall not be deemed to be discrimination. Under Article 4, any measures affecting an individual who is justifiably suspected of, or engaged in, activities prejudicial to the security of the State shall not be deemed discrimination, provided that he has the right of appeal to a competent body established in accordance with national practice.

In November 1975 the World Federation of Trade Unions (WFTU) submitted comments to the ILO regarding the rules and practice in the Federal Republic of Germany as regards verification of faithfulness to the basic order of public officials and of applicants for employment in the public service. In January 1976 similar comments were received from the World Federation of Teachers' Unions. These comments were brought to the attention of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, which asked the Government for clarification.

In January 1978 the World Federation of Teachers' Unions (affiliated to the WFTU) submitted a representation under Article 24 of the ILO Constitution alleging widespread exclusion from public service employment under the provisions for verification of faithfulness to the basic order. This representation was examined by a tripartite committee of the Governing Body. While the matter was under consideration, revised federal principles for the verification of faithfulness to the Constitution were issued in January 1979, which appeared to limit the application of the powers in question. The tripartite committee concluded that their effect would depend on the manner in which they were applied. That question should be examined under the ILO's regular supervision procedures. Information should also be provided on measures taken at the level of the *Länder*. The Governing Body, in November 1979, took note of the committee's report and declared the procedure closed.

In the following years the Committee of Experts reviewed developments, including judicial decisions. In June 1984, the WFTU presented a new representation, alleging that since 1979 there had been several hundred cases of discriminatory measures against public servants and applicants for posts in the public service. This representation too was referred to a tripartite Governing Body committee, composed of a Finnish Government representative, a Swiss Employer member and an Austrian Worker member. The committee presented its report to the Governing Body in February 1985. In the light of the documentation submitted to it, including court decisions, the committee recommended

the Governing Body to conclude that the duty of faithfulness to the basic order, as then applied in the Federal Republic of Germany, went beyond what was authorized by the exception clauses in Article 1, paragraph 2, and Article 4 of Convention No. 111 (in respect of inherent job requirements and activities prejudicial to the security of the State). The committee recommended that the Government be invited to review the position and to adopt measures to ensure the observance of the Convention in these respects.

When the committee's report was examined by the Governing Body in June 1985, the representative of the Government of the Federal Republic of Germany stated that the Government was not able to accept the committee's conclusions. In these circumstances, the Governing Body decided to refer the matter to a Commission of Inquiry, in accordance with Article 26 of the ILO Constitution (a possibility specifically foreseen in the Standing Orders governing the representations procedure).⁵

3. The procedure followed by the Commission of Inquiry

As in earlier cases, the ILO Governing Body authorized the Commission to establish its own procedure. The Commission followed closely the procedures of previous inquiries. Its investigation involved three stages: the gathering of information both from the parties and from other sources, hearings of witnesses in Geneva, and a visit to Germany.

The Commission received voluminous documentation from the German federal Government, from the WFTU, from national trade unions, from other non-governmental organizations and from individuals affected by measures taken under the relevant national texts. This material included detailed documentation on over 70 individual cases, including court judgments frequently at several levels, as well as legal opinions and books comparing the legislation and practice in Germany with those of other European countries. In its report the Commission included a summary of action taken in the cases for which it had received detailed documentation, as well as a more detailed description of 15 of these cases.⁶

At hearings over a period of two weeks in April 1986, the Commission heard evidence from 16 witnesses. Six were heard at the request of the WFTU –

⁵ In November 1985, the Governing Body appointed the members of the Commission: Voitto Saario, former Justice of the Supreme Court of Finland, as Chairman, Dietrich Schindler, Professor of International Law and Constitutional and Administrative Law at the University of Zurich, and Gonzalo Parra-Aranguren, Professor of Private International Law at the Central University of Venezuela.

⁶ See Report of the Commission, *op. cit.*, paras. 260-393.

two university professors and four persons who had been directly affected by measures taken in pursuance of the Radicals Decree. Six witnesses were heard at the request of the German Government, including the Federal Disciplinary Prosecutor, senior officials from the Federal Ministry of Posts and Telecommunications and from three *Länder* administrations, and a university professor. Four witnesses appeared on behalf of German trade unions representing postal workers, teachers, salaried employees and public officials.

The Commission visited Germany for ten days in August 1986. In addition to discussions with the federal authorities in Bonn, the Commission or individual members had discussions with the authorities of six *Länder*; several trade union representatives, lawyers who had acted for persons affected by measures under the Radicals Decree, and two university professors.

The great mass of information gathered enabled the Commission to obtain a comprehensive view of the manner in which the relevant legal texts were interpreted and applied in practice. However, the German Government submitted that account should not be taken of individual cases so long as the persons concerned had not exhausted all available domestic remedies, including recourse to the Federal Constitutional Court. The Commission noted that on four recent occasions the Federal Constitutional Court had declined to entertain complaints from persons excluded from the public service on political grounds, because they were considered to have insufficient prospects of success. There was therefore doubt whether recourse to that Court was still a remedy that in practice remained available. The Commission observed, furthermore, that in contrast to other international procedures (such as those under UN and regional human rights instruments) the ILO procedures of representation and complaint were not subject to any condition of prior exhaustion of local remedies. These ILO procedures might be initiated by entities having no direct interest in the matter. They were not based on the traditional notion of action by a State to protect the interests of its citizens, but provided for investigation as a matter of general public interest. They were designed not to pass judgment on individual cases, but to determine whether a given situation was in conformity with a Convention ratified by the country in question. In that context, individual cases were merely items of evidence. The large number of judicial decisions in the German case, including decisions by the highest administrative and labour courts, provided evidence of the effect of legislative texts and of administrative practice, and permitted conclusions to be drawn on whether the public authorities were pursuing the policy and adopting the measures called for by Convention No. 111. In those circumstances, it would not be proper for the Commission to disregard information on specific cases on the ground that one possible avenue of redress had not been sought.⁷

⁷ *Ibid.*, paras. 455-468.

III. The German case – the merits

1. *The principal issues examined by the Commission*

While the German Government made submissions on a series of other questions,⁸ the case turned essentially on the two issues already identified by the tripartite Governing Body committee, namely, whether the measures taken to exclude persons from employment in the public service could be justified under the exceptions provided for in Article 1, paragraph 2 (inherent job requirements) and Article 4 (activities prejudicial to the security of the State) of Convention No. 111. It is proposed to concentrate here on those issues. Before doing so, it appears necessary to note the different legal relationships under which public servants may be employed in Germany, and the consequences of their status on their obligations.

Public servants in Germany may be officials (*Beamte*) with a public law status or salaried employees (*Angestellte*) or wage-earners (*Arbeiter*) governed by labour law and collective agreements. Disputes arising out of the employment relation are considered by different sets of courts. In the case of officials, they are decided by administrative courts, with the Federal Administrative Court as the highest instance. Disputes involving salaried employees and wage-earners are dealt with by the labour courts, with the Federal Labour Court as the highest instance. According to the public service laws, appointment as an official should be limited to functions that involve the exercise of sovereign power. Practice, however, is very different. Appointments as officials are made to a wide range of jobs that do not involve the exercise of sovereign power, not only at subordinate levels of public administration, but also for ordinary work in public services, such as postal services, railways, health and welfare services, schools and universities. Decisions on whether to employ public servants as officials or under a contract of employment are taken not according to the nature of the functions to be exercised, but in the light of personnel policies and budgetary considerations. The cases brought to the attention of the ILO Commission, even when involving officials, concerned almost exclusively workers in run-of-the mill jobs, especially in the postal services and in teaching posts.

Both officials and public servants employed under labour law are bound by the duty of faithfulness to the free democratic basic order. However, the

⁸ These questions concerned the applicability of Convention No. 111 to the employment relations of officials (*Beamte*) (dealt with in paras. 501-505 of the Commission's report), the applicability of the Convention to measures taken to maintain a public service faithful to the Constitution (paras. 506-509), whether the measures under consideration involved discrimination on the basis of political opinion (paras. 510-520), the nature of the obligations assumed under Convention No. 111 (paras. 521-523), and the significance of recent judgments of the European Court of Human Rights (paras. 524-526).

manner in which this duty was interpreted varied. The Federal Constitutional Court had ruled in 1975 that the duty applied to the relationship of every official, without any differentiation according to the nature of his duties. On the other hand, the Federal Labour Court had held that in the case of public servants subject to a labour law relationship the requirements of the duty of faithfulness should be differentiated according to the nature of the duties of the post. In the opinion of that Court, to apply a uniform duty of faithfulness to all public servants, divorced from the functions, would be an unnecessary and disproportionate limitation on freedom of opinion and freedom of political activity.⁹

To show how the application of the duty of faithfulness worked out in practice, it is instructive to recall the facts of a few cases brought to the attention of the ILO Commission.

Herbert Bastian was a permanent official employed in the mail sorting division of the Marburg Post Office. He had entered the postal service at the age of 14 and been promoted three times. He had joined the DKP in 1973 and in 1974 was elected a member of the Marburg town council as a DKP representative. Neither his conduct in his work nor his conduct as a town councillor was the subject of any reproach. Proceedings for his dismissal were initiated in 1979 on the ground of his membership and activities in the DKP, especially his membership of the town council. In 1981 the Federal Ministry of Posts and Telecommunications offered to keep him as a wage-earner if he requested his discharge from the status of official. He refused that offer. In October 1986, the Federal Disciplinary Court held that Bastian had not violated the duty of faithfulness by his membership and activities for the DKP. The Federal Disciplinary Prosecutor appealed against that judgment. At the time of the ILO inquiry, that appeal was still pending. Subsequently, the Federal Administrative Court reversed the lower court's decision and ordered Bastian's dismissal on the ground of his political activities.

Wolfgang Jung was a teacher in Kaiserslautern holding a permanent appointment as an official. On 1 April 1985 he received a certificate from the district administration expressing thanks for 25 years of faithful service to the community. Three days later the same authority wrote to him, pointing out that "faithful service" as mentioned in the certificate meant not only fulfillment of his duties as a teacher, but also unambiguous and active support for the free democratic order. The letter stated that, since Jung was understood to be an active member of the DKP, he could not be thanked for faithful service in this wider sense; it therefore asked him to return the certificate, which had been issued in error. At the same time, the authorities initiated proceedings for Jung's dismissal. In a judgment of February 1986, the administrative court found that, while Jung had held a position at local level in the DKP, he had during

⁹ See Report of the Commission, *op. cit.*, paras. 213-236.

his 25 years as a teacher never misused his position and his membership of the party had not become apparent either in his teaching or in his relations with pupils, parents and colleagues. The court concluded that there was no danger of any change in his conduct, and that he was therefore fit to remain in service. Nevertheless, it ruled that his past holding of office in the DKP constituted a breach of the duty of faithfulness to the Constitution. In order to ensure that he would not resume a similar level of activity in the DKP, the court ordered a 15 per cent reduction in pay for three years. Jung decided not to appeal against this judgment for fear that the higher court might impose the more severe sanction of dismissal.

Ulrich Eigenfeld was a permanent official of the Federal Railways. He worked as a clerk at the station of a small provincial town. There was no complaint about his conduct in his work, which had been the subject of favourable evaluation. He was an active member of the right-wing NDP. On account of its publications and statements, that party was considered to pursue aims hostile to the Constitution. Eigenfeld had held various offices in the party, including membership of its federal committee, and had stood as a candidate at elections on its behalf. He gave evidence that he had been active in efforts to make the party more moderate in its pronouncements and in expelling more extreme elements. The Federal Administrative Court recognized that the party's pronouncements had become more moderate, but observed that it had not expressly disavowed its earlier statements. It held that, whatever Eigenfeld's own conduct or attitude, his identification with the party constituted a violation of his duty of faithfulness to the Constitution. The court therefore ordered his dismissal.

This sample of cases brings out features that were present in practically all the cases brought to the attention of the ILO Commission of Inquiry. The conduct of the individuals concerned, both in their work and in their political activities, was not the subject of any reproach. The decisive factor for the courts was that they had identified themselves with and supported a party whose aims were considered hostile to the Constitution. That approach led to the paradoxical result that participation in the electoral process or exercising an elective mandate for a lawful political party became the clearest evidence of a lack of faithfulness to the Constitution. Although the concept of hostility to the basic order was not mentioned in the Constitution or other laws, but was a creation of the courts, it became the basis for limiting rights expressly granted by the Constitution, such as freedom of expression, freedom of association, and equal access to the public service according to ability, qualifications and occupational performance.¹⁰

¹⁰ *Ibid.*, paras. 481-486.

1.1 Exceptions to non-discrimination under Article 1, paragraph 2, of the Convention

In examining whether German law and practice could be justified under the “inherent job requirement” exception in Article 1, paragraph 2, of Convention No. 111, the ILO Commission gave attention to five aspects.

In the first place, the Commission noted great difference in the practice of various authorities in implementing the texts imposing the duty of faithfulness of public servants. In *Länder* ruled by the Christian Democratic Party and partners, the provisions were applied strictly. In those governed by the Social Democratic Party, a more tolerant approach had been adopted in recent years, which had largely eliminated conflict and controversy. The measures taken in the latter group of *Länder* included reconsideration of cases in which employment had previously been refused, with frequently favourable decisions for those concerned. The Government of Saarland had in June 1985 revoked the guidelines for the verification of the duty of faithfulness to the Constitution, stating that it expected officials to observe that duty not by professions of faith but by the manner in which they discharged their duties. On the other hand, in Lower Saxony, following a change of government, activities previously allowed came to be treated as grounds for dismissal. During the hearings of witnesses and its visit to Germany, the Commission inquired systematically whether any difficulties in the functioning of public services had been observed as a result of the application in certain regions or periods of a less restrictive policy. No evidence of any adverse effects was forthcoming. The Commission concluded that the more stringent test adopted by other authorities established conditions that went further than was necessary for the proper functioning of the public service.¹¹

The second aspect examined by the Commission was the effect on the functioning of the public service of the activities on the basis of which it had been sought to exclude persons from the service. It noted that, in many cases, those concerned had been in service for many years. Sometimes, proceedings had been initiated only many years after the political activities complained of had begun. Frequently also, while proceedings were pending, those concerned remained at work, at times for as long as 12 years. At the hearings of witnesses, the Commission systematically sought information on whether the political activities that were the basis of allegations of violation of the duty of faithfulness had had an adverse effect on the performance of the duties of those concerned or on the functioning of the service. Concordant evidence was given that no such adverse effects had been noted in the cases of which particulars had been communicated to the Commission by the WFTU, trade unions or the individuals

¹¹ *Ibid.*, paras. 540-545.

concerned. The Government however referred to several other cases in which teachers had sought to indoctrinate pupils. The Commission observed that, while abuse of functions might occur in individual cases and might properly be the subject of disciplinary measures, the likelihood that such abuse would occur could not be presumed from particular political views or affiliations. Except in specific cases of misconduct (such as attempted indoctrination of pupils), it had not been established that continuing service by the various persons concerned would adversely affect the functioning of public services.¹²

The Commission found additional support for the preceding conclusion in certain cases concerning officials of the Federal Railways. Dismissal proceedings initiated against a number of such officials on account of activities within the DKP had been settled by a compromise, under which they gave up their status of officials and were allowed to stay on under employment contracts. It was admitted that their continued employment had caused no difficulty for the functioning of the railways. The Commission observed that there was no reason to suppose that the result would have been any different had they continued to serve with the status of officials.¹³

A third point related to the Government's argument that the exclusion of certain persons from public service employment was justified as a preventive measure to ensure the functioning of public services in times of conflict or crisis. In this connection, the Commission referred to the principles of necessity and proportionality as internationally recognized criteria for testing the justification for restrictions on individual rights in periods of emergency.¹⁴ It observed that those criteria were all the more relevant where restrictions were resorted to by way of precaution against potential emergencies. Attachment to the basic constitutional order might be regarded as an inherent job requirement for employment in certain areas requiring particularly secure guarantees of loyalty and reliability of their personnel, such as diplomatic and defence services, as well as particular positions in other sectors of the public service where corresponding safeguards were necessary on account of the nature of the functions. The Commission observed, however, that restrictions imposed on those grounds should not be extended to the employment of officials in the public service generally.¹⁵

The fourth aspect concerned the Government's insistence that, in line with the decision of the Federal Constitutional Court, the duty of faithfulness

¹² *Ibid.*, paras. 546-552.

¹³ *Ibid.*, para. 553.

¹⁴ The Commission cited both a study on human rights in emergencies made by a Special Rapporteur of the UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities and comments made by the ILO Commission of Inquiry that had examined the observance of freedom of association Conventions in Poland, under the chairmanship of Nicolas Valticos.

¹⁵ See Report of the Commission, *op. cit.*, paras. 554-556.

must apply to every official, without any differentiation according to his functions. The Commission found it difficult to consider that political activities or affiliations of the kind involved in the cases brought to its attention could call into question an individual's suitability for any position in the public sector. Various situations already to be found in Germany showed that it was feasible, in applying the duty of faithfulness, to distinguish according to the functions. Some *Länder*, in judging whether conduct outside the service conflicted with an official's duties, had regard to the nature of that conduct and the tasks assigned to the official. For persons employed under contracts of employment, the labour courts similarly distinguished according to the nature of the specific functions. The evidence heard by the Commission showed that there was no clear distinction in the functions assigned to officials and those employed under contracts of employment. What was feasible for one category should also be feasible for the other. That conclusion tended to be confirmed by the experience of other countries. The Commission cited a comparative study of 15 other (mainly European) countries published in 1981. The study showed that, in so far as the duty of faithfulness to the constitutional order existed at all in those countries, it was conceived not in abstract terms, but functionally and related to the post, and that the Federal Republic of Germany, with its general duty of faithfulness, departed significantly from this Western European common denominator.¹⁶

Lastly, the Commission considered the special situation of teachers, both because the majority of cases brought to its attention concerned teachers and because of the emphasis placed by the Government on the special responsibility of teachers to uphold the free democratic basic order and on the vulnerability of pupils to influence by teachers. The Commission noted that only exceptionally had teachers been excluded from employment on the ground that they had sought to indoctrinate pupils or had otherwise misconducted themselves in their service. In numerous cases, there had been express recognition, in performance appraisals or court decisions, of the correct conduct of teachers in these respects. Nor was there any allegation of illegal or unconstitutional conduct in their political activities. The Commission recognized that teachers had a duty not to abuse their function by indoctrination or other improper influence on pupils and that, in activities and statements outside their service, they must bear in mind the compatibility of what they did and said with their responsibilities. Whether a breach of such duties had occurred must, however, be determined on the basis of actual conduct. There could be no justification to assume that, because a teacher was active in a particular party or organization, he would behave in a manner incompatible with his duties. Where, as in the Federal Republic of Germany, teachers were free to participate in public life, it would not be appropriate to make any general distinction according to the supposed

¹⁶ *Ibid.*, paras. 557-565.

acceptability of their political orientations. One was dealing with lawful organizations entitled to participate in the political and constitutional processes of the country. The Commission concluded that in most of the cases concerning teachers brought to its attention the justification for the measures taken, whether involving exclusion from employment or disciplinary penalties, had not been established.¹⁷

In the light of the foregoing considerations, the Commission concluded that the measures taken in application of the duty of faithfulness to the free democratic basic order had in various respects not remained within the limits of the restriction authorized by Article 1, paragraph 2, of Convention No. 111 on the basis of the inherent requirements of particular jobs.¹⁸

1.2 Exceptions to non-discrimination under Article 4 of the Convention

There remained the issues arising under Article 4 of the Convention, permitting measures to be taken against persons who are justifiably suspected of, or engaged in, activities prejudicial to the security of the State. The Commission noted that in none of the cases brought to its attention had any allegation been made (in court proceedings, internal disciplinary procedures, performance evaluation reports, etc.) that the individuals concerned had engaged in activities prejudicial to the security of the State. That fact was confirmed at the hearing by several Government witnesses, such as the Federal Disciplinary Prosecutor and the Chief of Personnel of the Ministry of Posts and Telecommunications. What had been involved in all cases was open and lawful political activity, and there had been no reproach of the actual conduct by those concerned in the course of that activity. In these circumstances, the Commission concluded that the measures taken in application of the duty of faithfulness to the free democratic order, as exemplified by the cases brought to its attention, did not fall within the exception provided for in Article 4 of the Convention.¹⁹

¹⁷ *Ibid.*, paras. 566-570.

¹⁸ *Ibid.*, para. 573.

¹⁹ *Ibid.*, paras. 574-581. The German media reported in May 2004 that, according to reconstituted files of the secret service of the former German Democratic Republic, a number of DKP members had received military training in the GDR between 1972 and 1989, for use in possible operations in Western Germany (although no actual cases of their being sent into action are known) – see, for example, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* of 19 May 2004. Activities of the kind alleged would have justified measures under Article 4 of the Convention against the persons concerned. However, as mentioned above, no such allegations were made in the proceedings before the ILO Commission, either by the Government or in the documentation concerning individual cases submitted to it.

1.3 The Commission's recommendations

The Commission formulated a series of recommendations to overcome the difficulties in the application of the Convention. The main recommendation was for reexamination of existing measures by the various authorities in the Federal Republic, with due regard to the Commission's conclusions, and for action to be taken to ensure that only such restrictions on employment in the public service were maintained as could be justified under Convention No. 111. The Commission set out a number of considerations that should be taken into account in the proposed review. The essential issue should be fitness for employment. In that regard, the principle of proportionality should be observed. It implied that public servants should be subject to no greater limitations in the enjoyment of rights and freedoms accorded to citizens generally than could be shown to be necessary to ensure the functioning of the institutions of the state and public services. It also followed from the principle of proportionality that whether a person was fit for admission to employment or for continued employment in the public service must be judged, in each instance, by reference to the functions of the specific post and the implications of the actual conduct of the individual for his ability to assume and exercise those functions. In the case of applicants for employment, excessive importance should not be attributed to activities undertaken when they were not bound by any public service relationship; they should be given an opportunity to demonstrate that, once they entered such a relationship, they would respect their obligations. The prolonged periods of preparatory or probationary service provided ample time to evaluate actual conduct before a permanent appointment, with far-reaching job-security, was given. The Commission recommended that, unless the requisite changes could be brought about by other means, appropriate legislative action be taken.²⁰

One member of the Commission (Professor Parra-Aranguren) dissented from its conclusions. He considered that every treaty had to respect peremptory rules of general international law, in this case those declaring fundamental human rights, and that ILO Convention No. 111 could not be interpreted as protecting individuals advocating, even by peaceful means, ideas that were against those fundamental rights. In the opinion of the other members, one could not read into the Convention exceptions other than those provided for in the instrument itself, which sufficiently took into account the security needs of States.²¹

²⁰ See Report of the Commission, *op. cit.*, paras. 582-593.

²¹ *Ibid.*, pp. 249-253.

2. *The Government's reaction to the Commission's report*

Under the ILO Constitution, the Government was required to inform the ILO whether it accepted the Commission's recommendations and, if not, whether it proposed to refer the matter to the International Court of Justice. In case of reference to the Court, it could affirm, vary or reverse any of the Commission's findings or recommendations. The Court's decision would be final. In a letter sent to the ILO in May 1987, the Government indicated its disagreement with the Commission's conclusions. It expressed agreement with the minority opinion of Professor Parra-Aranguren and maintained that law and practice in the Federal Republic were in conformity with Convention No. 111. It also stated that it did not intend to refer the case to the International Court of Justice. It remained prepared, however, to report on developments under the regular ILO supervision procedure.

The Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations observed in 1988 that the ILO Constitution did not make the results of an inquiry subject to the consent of the State concerned. The Government's position therefore did not affect the validity of the Commission's conclusions. The ILO Constitution gave a right of appeal to the International Court of Justice, but the Government had chosen not to avail itself of that possibility. Those views were shared by the tripartite Conference Committee. In his article on ILO Commissions of Inquiry, Nicolas Valticos considered that, when a government chose not to appeal to the Court, the Commission's conclusions and recommendations became binding.²²

Article 33 of the ILO Constitution provides that, in the event of failure to carry out the recommendations of a Commission of Inquiry, the Governing Body may recommend to the Conference such action as it may deem expedient to secure compliance. No such action was initiated in the German case. Developments were followed under the regular supervision arrangements.

3. *Subsequent developments*

In the years immediately following the ILO inquiry, the Government continued to argue that its legislation and practice were compatible with Convention No. 111. The Federal Administrative Court continued to apply the provisions relating to the duty of faithfulness to the Constitution in a strict manner. The Committee of Experts noted in 1990 that consequently, since the completion of the inquiry, an appreciable number of persons had been adversely affected

²² See Valticos, *op. cit.*, p. 871.

by loss or refusal of employment, demotion, suspension or loss of income. On the other hand, in cases concerning persons employed under labour contracts, the labour courts continued to apply the relevant provisions in a more flexible manner, with due regard to the nature of the functions performed. In 1991 the Committee of Experts noted that, in two judgments in favour of employees rendered in September 1989 and March 1990, the Federal Labour Court had applied criteria corresponding to those stated by the Commission of Inquiry in its recommendations with regard to the public service generally.

The Committee of Experts and the Conference Committee persisted in calling for action to implement the recommendations of the Commission of Inquiry in order to bring about compliance with the Convention. That was also the position adopted by the German Federation of Trade Unions (DGB), both in the Conference Committee and in comments sent to the ILO.

Political changes brought about improvements in the situation. In July 1988, following a change of government, the *Land* of Schleswig-Holstein abolished the practice of systematic inquiry from the authority for the protection of the Constitution in regard to applicants for employment in the public service. In June 1990, also after a change of government, Lower Saxony revoked the decree against radicals and abolished systematic inquiries in respect of applicants for employment in the public service. The *Land* government also decided to offer renewed opportunities of employment in the public service to persons who had previously been refused employment under the revoked provisions, to discontinue proceedings against all officials or salaried employees then still pending, and to offer reinstatement to persons against whom final court decisions had already become effective. In its report to the ILO on the application of Convention No. 111 in 1990, the Federal Government stressed the significance for the general political climate of the major changes in the political configuration of Central Europe in 1989, leading to German re-unification in 1990. Subsequently, it was able to report that systematic inquiries about applicants for employment in the public service had been abolished in the three remaining *Länder* – Baden-Württemberg (October 1990), Rhineland-Palatinate (December 1990) and Bavaria (December 1991).

The arrangements for German unification, however, threw up a new problem that occasioned comments by the Committee of Experts. Under the Unification Treaty, former civil servants of the German Democratic Republic were integrated into the public service of the Federal Republic under employment relations with the appropriate federal or regional authorities. However, the Treaty permitted their dismissal in defined circumstances. Under provisions in force until the end of 1993, the employment relation might be terminated by notice on account of lack of professional qualifications or of personal aptitude, redundancy or abolition of post. Furthermore, an employment relation might be terminated if the person concerned had violated the principles of humanity or

the rule of law or had been active in the GDR's security services and a continuation of the employment therefore appeared unacceptable. In 1991 the World Federation of Teachers' Unions (FISE) submitted comments to the ILO in which it alleged that a number of teachers had been arbitrarily dismissed under these provisions; FISE also provided copies of questionnaires that former civil servants of the GDR were required to complete concerning their past activities, including political activities. The Committee of Experts sought clarification from the Government on the manner in which the relevant provisions of the Unification Treaty were applied. Subsequently, it noted that most dismissals had been effected under the provisions that had ceased to have effect at the end of 1993. In 1998 the Committee took note of four decisions rendered by the Federal Constitutional Court in July 1997 in which, while upholding the constitutionality of the dismissal provisions of the Unification Treaty and the practice of putting questions concerning an individual's previous activity in State security services, it had ruled that activities in the distant past could have no or only little relevance in judging a person's current suitability for employment. The Committee of Experts also noted a judgment by a labour court that dismissal from the public service could no longer be based on the holding of specific functions in the former GDR and that account must be taken rather of the person's service record as well as his attitude towards the free political order since the collapse of the Socialist Unity Party of the GDR.

In the meantime, in 1995, the European Court of Human Rights had given judgment in the case of Dorothea Vogt (one of the persons for whom the ILO inquiry had received detailed documentation), holding that her dismissal in 1986 on account of activities in the DKP had violated the rights to freedom of expression and freedom of association guaranteed by the European Convention on Human Rights. That judgment will be considered in greater detail below. Asked by the Committee of Experts about the repercussions of the judgment, the Government stated that it was important in requiring regard to be had to the principle of proportionality; whether the dismissal of an official respected that principle would depend on the facts of each case. The Government observed that the Court's judgment did not provide any ground for reopening cases in which decisions had previously become final.²³

Notwithstanding this situation in law, in a number of cases persons excluded from the public service in the pre-unification period were able to resume such employment. Reference has already been made to decisions to that effect taken in certain *Länder*. In 1991 the Committee of Experts noted that Herbert Bastian, the postal worker whose case has been mentioned above and whose

²³ Attempts to re-open such "old" cases in the light of the *Vogt* judgment were unsuccessful, both before the German courts and before the European Court of Human Rights – see Klaus Dammann, "Kein Sieg der Menschenrechte", *Zweiwochenschrift Ossietzky*, 24 January 2004, p. 48.

dismissal had been ordered by the Federal Administrative Court after the conclusion of the ILO inquiry, had been granted a pardon by the President of the Federal Republic in July 1990 and been able to resume service.

With time, the transitional provisions of the Unification Treaty concerning persons previously employed in the public service of the GDR have tended to diminish in importance. The PDS party (successor to the Socialist Unity Party of the former GDR) now plays a normal role in the country's political life, even to the extent of participating in the governments of certain *Länder*.

IV. Cases before the European Court of Human Rights

While the ILO inquiry was in progress, the European Court of Human Rights gave judgment on two cases, brought by Julia Glasenapp and Rolf Kosiek. Both Glasenapp and Kosiek were officials on probation. Ms. Glasenapp's appointment to a teaching post in North Rhine-Westphalia had been revoked in the light of statements made by her shortly after being appointed which raised doubts as to her sincerity in declaring her allegiance to the Basic Law. Kosiek had been dismissed from a post as a lecturer at a technical college in Baden-Württemberg, on account of his activities as a member of the right-wing National Democratic Party and books that he had written. At that time, complaints under the European Convention of Human Rights were still examined in two stages, by the European Commission on Human Rights and by the Court. The Commission had considered both complaints to be receivable as raising issues under Article 10 of the Convention, which guarantees the right to freedom of expression. It had proceeded to examine whether the measures taken against the applicants were justified under the limitation clause contained in paragraph 2 of that article.²⁴ In the *Glasenapp* case, by nine votes to eight, the Commission had concluded that there had been a breach of Article 10. In the *Kosiek* case, by ten votes to seven, it had concluded that there had been no violation of Article 10. The cases were then brought before the Court. In two judgments pronounced in August 1986, the Court noted that, while as a general rule the guarantees laid down in the European Convention on Human Rights extended to civil servants, the right to access to the civil service was not secured by the Convention. It held that access to the civil service lay at the heart of the issues, that the authorities had taken account of the opinions and activities of the applicants merely to

²⁴ Under Article 10, para. 2, of the Convention, the exercise of the right to freedom of expression may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society *inter alia* in the interests of national security or public safety.

determine whether they had the qualifications required for the posts in question, and that there had therefore been no interference with the right to freedom of expression protected under Article 10 of the Convention.²⁵

These decisions of the European Court of Human Rights were the subject of criticism.²⁶ It appears difficult to follow the Court's reasoning that refusal of employment in the public service, even if based on the political opinions of the persons concerned, did not constitute an interference in the exercise of the right to freedom of expression.

In subsequent judgments, the Court departed from the position adopted in the *Glaserapp* and *Kosiek* cases. The first case in which it reverted to the question was that of Dorothea Vogt. She was a permanent (lifetime) official holding a post of language teacher in a secondary school in Lower Saxony, who had been dismissed on account of her activities in the DKP, including candidature on behalf of that party in elections to the *Land* parliament. Her dismissal was upheld by the regional Disciplinary Court, and the Federal Constitutional Court refused to entertain an application from her on the ground of insufficient prospects of success. Following repeal of the decree on employment of extremists in Lower Saxony in 1991, Ms. Vogt was reinstated, but this measure did not provide any redress for the period during which she had been excluded from public employment. She therefore brought her case before the European Commission on Human Rights. In November 1993, the Commission concluded, by 13 votes to one, that there had been a violation of Article 10 (freedom of expression) and Article 11 (freedom of association) of the European Convention on Human Rights. The case was then referred to the Court. The Court distinguished the *Vogt* case from the *Glaserapp* and *Kosiek* cases on the ground that it involved the suspension and dismissal of a permanent civil servant. It concluded that there had been an interference with the exercise of the rights protected by Articles 10 and 11.²⁷ The Court accordingly proceeded to examine whether the measures taken could be justified under the limitation clauses of these articles. The

²⁵ See *Glaserapp v. Germany*, Judgment of 28 August 1986, Series A, No. 104, and *Kosiek v. Germany*, Judgment of 28 August 1986, Series A, No. 105.

²⁶ See, in particular, Gérard Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Ed. Economica, 1989, pp. 191, 198 and 463-465, and my comments in *International Labour Law Reports*, vol. 7, Martinus Nijhoff, 1989, pp. 157-160. Apart from other doubts about the justification for the Court's conclusion, it would appear that the Court erred in the *Kosiek* case in holding that access to the civil service lay at the heart of the case. *Kosiek* held the post in question for several years. The decision therefore involved the termination of an existing employment relationship, not access to it. The fact that *Kosiek* was an official on probation, while it facilitated his dismissal, was not of relevance to the characterisation of the situation. In the *Vogt* case, mentioned below, Judge Jambrek felt that there was no justification for any distinction between the *Glaserapp* and *Kosiek* cases and the later case, and that in all three cases the issue to be examined was whether the exclusions were justified under the limitation clauses in the relevant articles of the Convention.

²⁷ The conclusion that Article 10 of the Convention was applicable to the case was reached by 17 votes to 2, and the decision that Article 11 was applicable was taken unanimously.

central issue identified by the Court was whether these measures corresponded to a pressing social need and were proportionate to the legitimate aim of upholding the constitutional order. It noted the absolute nature of the duty of loyalty owed by every civil servant, irrespective of their function or rank. It observed that a similarly strict duty seemed not to have been imposed by any other member State of the Council of Europe, and that even within Germany a considerable number of *Länder* did not consider activities such as there in issue as incompatible with that duty. The Court noted the severe effects of dismissal of a secondary school teacher. It also noted that Ms. Vogt's post as a teacher of languages in a secondary school did involve any security risks. While a teacher must not seek to indoctrinate or exert improper influence on her pupils, no criticism had been leveled at Ms. Vogt on this point, and her work at school had been considered wholly satisfactory. Nor was there any evidence that even outside school the applicant had made any anti-constitutional statements. The Court also bore in mind that the DKP had not been banned by the Federal Constitutional Court and that consequently Ms. Vogt's activities on its behalf were entirely lawful. In the light of these considerations, the Court concluded that it had not been established that it was necessary in a democratic society to dismiss Ms. Vogt, and that the dismissal was disproportionate to the aim pursued. The Court held, by ten votes to nine, that there had been a violation of both Article 10 and Article 11 of the Convention.²⁸ The Court's reasoning, invoking the criteria of necessity and proportionality, was very similar to that of the ILO Commission.

Two later judgments, even though relating to somewhat different circumstances in other countries, have provided further clarification of the Court's case-law on these questions. The first case was that of *Thlimmenos v. Greece*.²⁹ The applicant was a Jehovah's Witness. He had served a prison sentence for refusal to wear military uniform at a time of general mobilization. In 1988 he came second out of sixty in a competitive examination for the appointment of twelve chartered accountants. However, he was refused appointment, because the legislation provided that a person who would not qualify for appointment to the civil service could not be appointed a chartered accountant and, under the Civil Servants Code, his conviction would bar him from appointment to the civil service. After unsuccessfully contesting that decision before the domestic courts, the applicant submitted the matter to the European Commission of Human Rights. In a report of December 1998, the Commission expressed the opinion, by twenty-two votes to six, that there had been a violation of Article 9 of the Convention (guaranteeing freedom of religion), taken in conjunction with Article 14 (guaranteeing the enjoyment of the rights set forth in the Convention without discrimination). The case was then brought before the Court.

²⁸ See Grand Chamber Judgment of 26 September 1995 (7/1994/454/535).

²⁹ See Grand Chamber Judgment of 6 April 2000 (Case No. 34369/97).

The Court recalled that the non-discrimination provisions of Article 14 of the Convention had no independent existence, since they had effect solely in relation to the rights and freedoms safeguarded by the other substantive provisions of the Convention and its Protocols. It noted that the applicant had been refused appointment as a chartered accountant on the ground of his criminal conviction. Such treatment, as compared with other candidates, would not generally come within the scope of Article 14, since the Convention did not guarantee the right of access to a profession. However, the applicant complained of the fact that in the application of the law no distinction was made between persons convicted of offences committed exclusively because of their religious beliefs and persons convicted of other offences. The Court accepted that States had a legitimate interest to exclude some offenders from the profession of chartered accountant. Yet, a conviction for refusing on religious or philosophical grounds to wear military uniform did not imply dishonesty or moral turpitude likely to undermine a person's ability to exercise this profession. Excluding the applicant on the ground that he was an unfit person was not, therefore, justified. He had served a prison sentence for his refusal to wear the military uniform, and the imposition of a further sanction was disproportionate. The Court concluded that the applicant's exclusion from the profession of chartered accountants did not pursue a legitimate aim and that there existed no objective and reasonable justification for not treating the applicant differently from other persons convicted of a felony. Accordingly, there had been a violation of Article 14 of the Convention, taken in conjunction with Article 9.

Three points are of particular interest in the *Thlimmenos* judgment. Although the case concerned access to a profession, which as such is not dealt with in the Convention, the Court did not follow the approach it had taken in the *Glaserapp* and *Kosiek* cases, and did not even see fit to mention those cases. It considered whether, and to what extent, the facts alleged raised issues under specific provisions of the Convention. Secondly, in order to determine whether the exclusion from the profession of chartered accountant was justified, the Court went beyond the mere fact of a criminal conviction and looked at the circumstances that had occasioned the conviction. Lastly, the Court examined whether there was an objective and reasonable justification for excluding the applicant from the particular profession. In doing so, it applied a test substantially similar to that contained in Article 1, paragraph 2, of ILO Convention No. 111, namely, the inherent requirements of a particular job.

The second case – *Devlin v. UK* – arose from a refusal of employment in the Northern Ireland Civil Service. Devlin had applied for a position as an administrative assistant. After a written test and an interview, he was informed that he was being recommended for appointment subject to the satisfactory outcome of pre-appointment enquiries. Subsequently, he was informed that he had been unsuccessful, without any indication of reasons. Believing that he had

been rejected because he was a Catholic, he applied to the Fair Employment Tribunal, alleging discrimination contrary to the Fair Employment (Northern Ireland) Act 1976. The Secretary of State for Northern Ireland issued a certificate under section 42 of that Act, certifying that the refusal of employment to the applicant was an act “done for the purpose of safeguarding national security and of protecting public safety”, as a result of which the Act did not apply. An application for judicial review was dismissed by the High Court, which held that, in the light of the certificate, it could not hear or adjudicate upon the complaint. The applicant submitted the matter to the European Court of Human Rights, claiming that he had been deprived of the right, laid down in Article 6, paragraph 1, of the European Convention on Human Rights, to have his claim determined by an independent and impartial tribunal.³⁰ The Government submitted that the applicant’s complaint fell outside the scope of this provision, as it arose out of an unsuccessful application for a civil service post. It argued that the Court’s case-law recognised the special status accorded in Contracting States to public servants and, in particular, their right to maintain procedures to ensure the integrity of those recruited into the civil service, and referred in this connection to the judgments in the *Glaserapp* and *Vogt* cases. The Court ruled that the applicant’s claim involved the determination of a civil right, within the scope of Article 6, paragraph 1, of the Convention. It noted that in the proceedings before the domestic courts no evidence was ever presented why the applicant was considered a security risk, nor was there any scrutiny of the factual basis for the Secretary of State’s certificate that employment had been refused for the purpose of safeguarding national security and of protecting public safety. The Court concluded that the issue of the certificate by the Secretary of State constituted a disproportionate restriction on the applicant’s right of access to a court, and that there had accordingly been a breach of Article 6, paragraph 1, of the Convention. It made an award of monetary compensation.³¹ The decision in the *Devlin* case confirms that the guarantees established by the Convention are not excluded by the fact that a dispute arises from refusal of access to the civil service.

In the light of the subsequent judgments, it appears that the decisions in the *Glaserapp* and *Kosiek* cases have been superseded. Were similar facts to recur, the Court would evaluate the facts in the light of the relevant substantive provisions of the Convention. A number of cases were submitted to the Court by persons dismissed from the public service under the transitional provisions

³⁰ The applicant also invoked Articles 8 (right to respect for private and family life), 9 (right to freedom of religion), 10 (freedom of expression), 13 (right to an effective remedy for a Convention breach) and 14 (prohibition of discrimination). In the circumstances of the case and on the basis of the material before it, the Court did not consider it necessary to examine these claims.

³¹ See Judgment of 30 October 2001 (Case No. 29646/95).

of the Unification Treaty or barred from legal practice following unification. In these cases, the Court confirmed that the Convention applied to public servants and accepted that there had been an interference in the enjoyment of Convention rights. It concluded, however, that the interference pursued a legitimate aim and that there were facts that justified the particular decisions, such as the applicants' activities while they had been employed in the former German Democratic Republic, false statements regarding collaboration with state security services, or inadequate professional qualifications.³²

V. Comparison of the approaches, means of action and impact of ILO procedures and of procedures under the European Convention on Human Rights

What does the preceding review of the action taken within the ILO and before the European Court of Human Rights tell us of the relative effectiveness of these procedures? A first point to note is that the exclusion of radicals from public service employment in Germany occasioned serious differences of opinion both at the domestic level and among the international bodies called upon to judge its compatibility with standards designed to guarantee human rights. In Germany, that cleavage manifested itself among the major political parties, among the authorities of different *Länder*, within the judiciary,³³ among academics and among trade unions. The ILO Commission of Inquiry reached its conclusions by a majority, with dissent by one of the three members. The organs of the European Convention on Human Rights too were split. The Commission and the Court differed in the *Glaserapp* and *Kosiek* cases. The conclusions of the Commission in those cases and those of the Court in the *Vogt* case were reached by the narrowest of majorities.

In the light of those tensions, it is all the more significant that ultimately a substantially similar case-law has emerged, even though the provisions by reference to which the decisions were taken have varied in character. ILO Convention No. 111 deals specifically with discrimination in employment. It applies to

³² See Decisions on admissibility in the case of *Döring v. Germany* of 9 November 1999 and in the cases of *Bester v. Germany*, *Knauth v. Germany*, *Pettersen v. Germany* and *Volkmer v. Germany*, all of 22 November 2001.

³³ Not only was the duty of faithfulness to the Constitution interpreted differently by the Federal Labour Court and the Federal Administrative Court. There were also numerous cases in which lower-level administrative courts or the Federal Disciplinary Court ruled in favour of officials, considering that they had not violated the duty of faithfulness by their political activities outside the service, but their decisions were reversed by the Federal Administrative Court.

employment in both the public and the private sector. It contains, in addition to a definition of discrimination, specific provisions authorizing limitations (by reference to inherent job requirements and national security). The task of ILO supervisory bodies, including the Commission of Inquiry, was thus to evaluate whether the restrictions imposed on employment in the public service could be justified under the express limitations permitted by the Convention. The European Convention on Human Rights is an instrument of general scope. It guarantees a series of broadly defined rights, but includes limitation clauses. It is clear from the preparatory work that the Convention does not guarantee access to the public service or deal in any way with questions of access to employment. However, it is now established that, where a person is refused access to or excluded from employment on account of his beliefs or his political opinions or activities, the legitimacy of the decision is subject to review by the European Court in the light of the various substantive provisions of the Convention. In the context of both the ILO Convention and the European Convention, the central issue to be decided is whether restrictions imposed meet the tests of necessity and proportionality. The elements to which the European Court referred to justify its conclusion that there was a breach of the Convention in the *Vogt* case echoed those relied upon by the ILO Commission: the undifferentiated nature of the obligations imposed on officials, without distinction according to the nature of their functions, the difference of practice adopted in different *Länder*; the difference of practice in Germany as compared with other European countries, the absence of any improper conduct by those concerned in the performance of their duties, and the lawfulness of the political activities in which they had engaged.

There was a significant difference in the scope of the decisions reached in the ILO and by the European Court. Although in rare instances of inter-State complaints the Court has been called upon to assess general human rights situations against the requirements of the European Convention on Human Rights, the bulk of its work concerns claims by individuals that their rights have been violated. The Court's judgments in cases of exclusion of radicals from the public service in Germany ruled on such individual claims. The judgment in favour of Dorothea Vogt resulted in the award of redress to the claimant, but did not impose on the national authorities any obligation to adopt more general measures.³⁴ The conclusions reached under the ILO procedures had inverse effects. They did not pronounce on individual cases, but dealt with the compatibility of

³⁴ It is worth noting that, apart from Ms. Glasenapp and Mr. Kosiek, Ms. Vogt was the only public servant affected by exclusion from employment in pursuance of the measures against radicals who sought redress from the Court. The Court's rulings in the *Glasenapp* and *Kosiek* cases in 1986 may have discouraged others from taking their cases to the Strasbourg court. By the time the *Vogt* judgment was rendered, in 1995, it was too late to re-open earlier cases, and the main problem arising from the Radicals Decree had been resolved.

national law and practice with the terms of the relevant ILO Convention. The recommendations of the Commission of Inquiry thus aimed at general corrective measures. Individuals might derive benefit from the ILO conclusions only indirectly, as an outcome of any measures adopted.

There was also a difference in the legal force of the respective procedures. States parties to the European Convention on Human Rights undertake to abide by the judgments of the Court, and generally do so. The limited nature of any relief awarded to an individual litigant makes compliance easier. In contrast, the general character of the recommendations of an ILO inquiry may make it more difficult, both politically and technically, to comply. In the German case, the Government's non-acceptance of the Commission's conclusions and recommendations and its decision not to avail itself of the possibility of recourse to the International Court of Justice limited the impact of the procedure. In the absence of any move by the Governing Body to activate enforcement measures under Article 33 of the ILO Constitution, it was left to the regular supervisory bodies (Committee of Experts and Conference Committee) to exert pressure with a view to adoption of measures of the kind called for by the Commission of Inquiry. While some progress was noted in the years following the inquiry, a significant change in the application of the impugned policies occurred only after the major political upheavals in Central Europe in 1989, leading to the fall of the Communist regime in Eastern Germany and German reunification. The problems considered by certain earlier ILO inquiries, such as those relating to freedom of association in Greece and in Poland, were similarly resolved only in the wake of major political changes.

Beyond their impact in the specific cases considered, the judgments or conclusions of both the European Court and ILO supervisory bodies also establish case-law that may influence the conduct of actors in similar situations and the response thereto of international bodies. The ILO Commission of Inquiry in the German case had occasion to clarify the meaning and scope of a number of requirements of Convention No. 111. Its comments found due reflection in the general survey of these standards made by the Committee of Experts in 1988.³⁵ The ILO inquiry remains of interest also in the context of the continuing debate on how to reconcile respect for individual freedoms with concern for State security.

³⁵ *Equality in Employment and Occupation*, General Survey of the reports on the Discrimination (Employment and Occupation) Convention (No. 111) and Recommendation (No. 111), International Labour Conference, 75th Session, 1988, *Report III (Part 4B)*.

Standard-setting and supervision: A system in difficulty

*William R. Simpson**

I. Introduction

It is a real privilege to contribute to a collection of essays in memory of Nicolas Valticos whose immense qualities as a lawyer, diplomat, and as a human being made him one of the best international officials ever to have served the International Labour Organization. He made a unique contribution to the development of the ILO system for the application of international labour standards and its special machinery and procedures believing, as he strongly did, that ILO standards and their effective application in law and in practice were vital if states were to achieve an acceptable level of social justice.

I recall the trepidation I felt when, in June 1963, as a new and temporary official, I stepped into his modest office on the third floor of what is now the headquarters of the World Trade Organization, to be greeted by him into the International Labour Standards Division, and listen to the great man explaining the importance of the work that he and all the officials in the Division were doing. Little did I know then the enormous influence that he would have on my life and on my career with the ILO thereafter. I can only say that I feel immensely fortunate and privileged to have enjoyed, for more than forty years, his guidance, support and friendship which I could only reciprocate with affection and endless admiration.

As international labour instruments grew in number and diversity Valticos paused at various intervals to reflect on the future prospects for standards and their application. He fully realized that if the rhythm of standard-setting continued at the pace it had set, and if the rate of ratification continued to increase,

* Former Chief of the Freedom of Association Branch, International Labour Standards Department, 1981-88; Director of the Director-General's Office, 1988-91; Director of the Industrial Relations and Labour Administration Department, 1991-96; Director of the East Asia Multidisciplinary Advisory Team, 1996-99.

it would be more and more difficult to supervise the application of standards. There was also a real danger that a surfeit of instruments would lead to the dilution of the impact that standards were intended to have at the national level. He also understood that, as legal instruments setting down labour standards on a vast range of subjects, it was essential that standards correspond to the realities of the world of work and that it was therefore necessary to bring them up to date in the light of changing circumstances. He was a strong advocate for revising and updating existing instruments rather than adding new ones which were beginning, already in the 1980s, to show signs of becoming too detailed, too complex, too focused on specific sectors of workers and even unnecessary or undesirable, especially if they brought into question, or introduced confusion as regards existing Conventions. From his writings it is also evident that Valticos understood that adjustments would have to be made in the manner in which international labour standards were being monitored. There were simply too many for the supervisory bodies, particularly the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, to handle, and eventually something would have to be done if these bodies were to continue to carry out their task in a serious manner and if their credibility was to be maintained.

In this essay I do not intend to discuss in detail the various measures that were taken to address these important questions at that time. I should simply point out that, as far as the process of making proposals for the adoption of new Conventions and other types of instrument was concerned and the rhythm at which they were being adopted by the International Labour Conference each year, very little changed in spite of the efforts made by the Office to question the system and streamline its operation. Indeed, the situation deteriorated considerably in the eighties and nineties with consequences that have been extremely negative for the ILO and its core activity. As we shall see later in this essay the substance of instruments continued to increase in complexity as well as specificity. The Workers' Group of the Governing Body continued to maintain pressure on the Office to keep it supplied with proposals for new instruments some of which the Governing Body, in turn, would place on the annual agenda of the International Labour Conference. The problem of the sheer volume of additional Conventions and the growing number of ratifications was addressed merely by adjusting from time to time the frequency with which countries are asked to submit reports on ratified Conventions. No serious consideration was ever given, nor was any effort made to find real solutions to the more fundamental problems that resulted in the over-production of instruments which were of poor quality and which proved to be, in the main, unratifiable. Nor, in spite of the fast-growing number of ratifications and the development of various complaints procedures, was the allocation of resources for these core activities ever commensurate with the growing amount of work involved. The result was obvious – a progressive weakening of the system for the setting and

control of standards, with the application of many important Conventions not being monitored for periods of up to four or even five years. Even in core areas such as freedom of association, discrimination, forced labour and child labour member States have, for a number of years, been asked to report at two-yearly intervals instead of annually unless circumstances are such that an annual report is considered necessary.

In the few pages that follow I should like to reflect on the problems that have given rise to what I consider to be a serious erosion over the past twenty years or so of the entire system of standard-setting and supervision. In doing so, I would like to hope that these reflections and suggestions may add some fuel to the ongoing debate about the future of standards and their supervision. I am not privy to that debate, nor can I claim to be entirely up to date with all the developments that have taken place, particularly in the LILS Committee of the Governing Body with regard to standards and the relevant procedures for their application. I should, therefore, apologize in advance, especially to my friends in NORMES, for any errors or misjudgements that I may make in this analysis. What I do appreciate, however, is that the debate on standards and their supervision is a crucial one at the present time, and unless adequate attention is paid to finding solutions to the problems in this area, the ILO will find itself in a very difficult situation.

II. International labour standards

1. Facts and figures

Let me begin with one or two simple statistics. As of August 2003, there were 177 ILO member States. As of 30 June 2004, 185 international labour Conventions and 195 international labour Recommendations had been adopted by the Conference and, as of 30 September 2004, no fewer than 7,237 ratifications of Conventions had been registered. As mentioned above, in order to prevent the monitoring system provided by the Committee of Experts from becoming completely gridlocked, the Governing Body has, over the years, and as the number of Conventions and ratifications increases, taken a number of decisions whereby governments are requested each year to submit reports on fewer and fewer ratified Conventions. The problem of volume was first addressed as far back as 1956 when the Governing Body took a decision which resulted in governments being requested to supply detailed reports only on certain Conventions. Another decision of the Governing Body, this time in 1976, led to governments being asked to submit detailed reports from 1977 to 1994 according to certain

criteria at yearly, two-yearly or four-yearly periods. Finally, by a decision of the Governing Body in 1993, detailed reports are requested, according to certain criteria, at yearly, two-yearly or five-yearly intervals only. For 2004, of the 7,237 ratifications, 2,344 reports were requested from governments on the application of Conventions ratified by member States (article 22 of the ILO Constitution) of which 1,544 were received (i.e. 65.87 per cent of the reports requested). It is interesting to compare this situation with that of thirty years ago. In 1974, at which time 3,983 ratifications had been registered, no fewer than 2,189 reports were requested from governments of which 1,854 (i.e. 84.6 per cent) were received. And in 1994, following further changes in the frequency of reporting, at which date there were 6,050 registered ratifications, 2,290 reports were requested from governments of which 1,573 (i.e. 68.7 per cent) were received.

Even if we take into account the fact that, over the years, the Governing Body has made considerable efforts to rationalize the international labour code by revising some outdated instruments, by allowing others to be declared obsolete and by grouping the remainder into fundamental, priority and other Conventions, the above figures nonetheless show that there has been a very considerable diminution in the number of ratified Conventions the application of which is examined by the Committee of Experts each year. If one looks at the annual statistics over the past twenty years or so, one can only note, too, that there has been practically a yearly decrease in the percentage of responses received from governments to requests for reports.

The obvious conclusion that we can reach from these statistics must surely be that: (1) there are too many instruments and (2) there are too many ratifications in order to ensure that compliance is monitored seriously and on a regular basis. Let us take a closer look at each of these points.

1.1 Too many instruments?

It is to be expected that in a rapidly changing world, with labour markets practically everywhere in a state of flux, there is a constant need for the ILO to adapt existing standards, eliminate obsolete ones and adopt new ones if necessary. It is also normal to expect that the Workers' Group of the Governing Body, in particular, will exercise great vigilance in ensuring that, where new or changing circumstances place workers at greater risk, or expose them to insecurity, they will wish to introduce measures in the form of a Convention with legally-binding provisions on ratification in order to provide the necessary protection. On the other hand, the employers' group and a number of governments have always opposed what they see as the over-proliferation of regulatory standards which they consider as impediments to labour market flexibility. In spite of these objections, however, the International Labour Conference has continued

the practice of dealing with three technical items at each of its annual sessions with at least one Convention being adopted at practically each session.

The result is obvious. The Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations is unable to cope with the sheer volume of the instruments so adopted and the practice of adjusting the frequency of reporting is, therefore, bound to continue. Whatever the relevance or substantive quality of adopted instruments the danger must be that many, if not all of them, will not be seriously examined with sufficient regularity. This ever-decreasing capacity of the Committee of Experts to deal with all standards on a more regular basis is a worrying phenomenon and it is obvious that the situation cannot improve without genuine attention being given to the problem by the Governing Body and corrective action being taken.

As regards the substance of Conventions, this too has become problematic in itself. There can be little doubt that, over the past twenty years, with a few exceptions, Conventions, rather than spelling out general principles, have become extremely detailed or concern specific categories of workers (e.g. nursing personnel, hotel and restaurant workers, homeworkers or part-time workers) or concern problems which arise in a limited number of countries (e.g. indigenous populations).

There are many and varied reasons for this. Over the years, the Workers' Group has directed its attention more and more to securing the protection of individual groups or sectors of workers. In addition, during the discussion of draft instruments in Conference committees, workers will invariably introduce amendments to draft instruments in order to secure maximum and specific protection. These amendments will often be supported by such governmental groups as the European Union who, rather than adopt an international approach in Conference committees, will try to ensure that the level of protection to be guaranteed by any proposed instrument is as closely aligned as possible with the higher levels of protection contained in existing EU Directives. Again the result is obvious. Conventions are constantly being adopted by the Conference which most member States, in particular the developing countries, are simply unable to ratify.

1.2 Too many ratifications?

In the light of all these considerations we end up with a very confused situation indeed. In the first place, and as we have noted, with 185 Conventions and 7,237 ratifications, the Committee of Experts can only cope with its work if constant adjustments are made to the reporting periods. The result is that the examination of compliance of countries with many important Conventions can only be undertaken every three, four, or even five years. On the other hand, we can only note that there has been an extraordinarily low rate of ratification

of the Conventions that have been adopted over the past twenty years. For example, of the 17 Conventions adopted by the Conference (including maritime instruments) during the 1980s, the highest number of ratifications registered for one of the Conventions was 73. Four Conventions were ratified by fewer than 20 States and another four by fewer than 10 States, the remainder attracting between 30 and fifty ratifications. In the 1990s the situation deteriorated even further. Of the 14 Conventions adopted during that period, only one attracted a good number of ratifications (Worst Forms of Child Labour Convention, 1999, with 132 ratifications). Four of these Conventions have been ratified by fewer than 20 member States and the remaining nine by 10, or fewer than 10, member States. In other words, overall, there are too many ratifications for the Committee of Experts to be able to ensure a more systematic examination of compliance but, for a good number of Conventions there are too few ratifications to give any credibility to these instruments. There are many complex reasons for this somewhat paradoxical state of affairs but possibly the most obvious one is that member States consider that the content of these instruments or the level of protection they provide make ratification impossible or inappropriate.

2. The standard-setting process

A number of questions arise regarding the acceptability of items suggested for standard-setting and their priority. At the international as at the national level there are subjects that do not lend themselves to standards or to standards in mandatory form. Already at the beginning of the 1980s this issue had come to the fore as a result of the historical shift from standards dealing essentially with conditions of work to standards dealing with – sometimes broad – areas of social policy. The question was, and remains, should the Governing Body, and the Office in submitting proposals to it, not seek to determine more systematically whether, in a particular area, the purposes of the Organization could be effectively furthered by standards, and, where mandatory standards are envisaged, whether there are elements for a clearly defined and meaningful legal obligation which lends itself to an objective evaluation of compliance?

In the early 1980s the consideration by the Conference of the instrument of workers with family responsibilities and the revision of the Convention on the night work of women suggested that there were subjects with respect to which there might be agreement on certain basic principles but profound divergence regarding the operation of these principles in particular areas of ILO concern. Since the ILO has always attached importance to having standards which lay the basis for practical action, and do not merely enunciate generalities, it was asked whether sufficient efforts were being made to ensure that there existed

some consensus on the types of action to be taken in the framework of a given subject before it was placed on the agenda. This question remains entirely relevant in the standard-setting process.

In the process leading to the adoption of standards it is also of particular importance that the Office and the Governing Body be sensitive to the needs of the developing countries and of the different regions before items are proposed for consideration. This sensitivity can only be gauged if the ILO regional offices, the area offices and the multi-disciplinary teams understand the standards system and the role that they must play to ensure that ILO constituents also understand the system and contribute to its effectiveness. Historically, the ILO's field structure has always been designed to ensure the effective execution of technical cooperation programmes, and its involvement in issues relating to standards has been minimal. In addition, the field structure has always been reluctant to become involved in matters relating to standards which they see as issues which normally concern questions of compliance. Again, the field structure has never been adequately equipped with personnel who are qualified to deal with standards issues. It is a matter of considerable importance, however, that when proposals for the agenda of future Conferences are being prepared, the regional offices are asked to advise on subjects that would be of particular interest to the countries in their region, or they should play a more active role in encouraging ILO constituents to respond seriously to requests made by units at headquarters for information on standards-related matters.

Another matter of some importance is the failure or inability of many governments to respond to questionnaires sent by the Office in connection with the formulation of instruments either prior to examination by the Conference or following the first discussion of an instrument. Here, the Office should be careful not to draft instruments solely on the basis of replies received but should also take into account any knowledge at its disposal, or available to it from its field structure, concerning the needs or capacity of the countries that have not replied. At the Conference, particular issues are often decided by very narrow majorities. In certain circumstances, such "victories" can be pyrrhic in the sense that the outcome may prejudice the ultimate success or even the viability of the instrument. The Office also plays an important role in drafting instruments following the first discussion by the Conference. Here again, it should systematically propose, in the texts submitted for consideration, formulae which may be susceptible of reconciling, or taking account of, divergent views expressed by the Conference in the course of the first discussion.

It is a matter for the Conference to decide whether standards in a particular area should take the form of a Convention, a Recommendation or a combination of both. Over the years the tendency has been towards the adoption of a shorter Convention and a more detailed Recommendation, the workers, in particular, being reluctant to accept the adoption of a Recommendation on its

own. The adoption, however, of Conventions is sometimes achieved by means of so diluting the obligations contained therein as to leave little to be supervised. It is important at all times to remind delegations that there is a risk of devaluing both Conventions – by obscuring the fact that one of the essential purposes of such an instrument is the creation of legal obligations – and Recommendations – by suggesting that, on their own, they are ineffective in influencing policy and legislation.

Another question concerns the revision of existing standards and the possibility, where this might be appropriate, of writing increasing flexibility into them when they have been found to be too rigid or where a large number of countries have found themselves unable to ratify these instruments. Should there not be a more systematic review of existing standards with a view to ensuring the maximum flexibility consistent with the purpose of these standards and an examination made of the use actually made of such flexibility devices as are already included in them?

For many years it has been accepted that “flexibility devices” should be used in order to make standards as meaningful as possible to States at different stages of development and hence more ratifiable. Such devices do not empty Conventions of obligation; what they do is to provide in one and the same instrument both an internationally specified minimum level of performance and a higher level for those capable of attaining it. The devices can take various forms and consideration should always be given to the possibility of introducing such a clause in an instrument.

The consideration of draft instruments by the Conference itself has become more and more complex over the years. In addition to the increasing complexity of subject matter the sheer size of Committees of the Conference, now averaging some two hundred delegates, makes the adoption of instruments after only a few days of discussion an almost impossible task. The complexity is compounded by the number (sometimes hundreds) of proposed amendments that are made to the draft(s), most of which must be discussed and disposed of by the Committee by adopting them or not.

For these reasons it is all the more important that, in the technical committees of the Conference, the Office representative of the Secretary-General to the Conference be someone of the highest calibre, not only from a technical and procedural point of view but also from the point of view of diplomacy and political judgement. The interaction between the representative of the Secretary-General and the Officers of the Committee, if successful, can be instrumental in instilling a greater understanding of the process of standard-setting in general and of the importance of the issues under discussion. The task of the person so appointed is one of utmost difficulty but it can be crucial in bringing the discussion to a successful conclusion and in ensuring that any instrument adopted is a viable one.

3. *Conference agenda items*

Much of the problem lies with the proposals that are made by the Office to the Governing Body on the basis of which the latter will decide which items should be placed on the agenda of the International Labour Conference in two years' time. In general, given the "double discussion" procedure that is usually employed for the adoption of a Convention, plus the fact that there are usually three technical items on the agenda for discussion, there is normally, each year, in addition to the one technical item that is carried over from the previous year, two additional items to be found for discussion at any given session of the Conference. A good example is the most recent session of the Governing Body (March 2004) which had before it seven proposals out of which it was invited to select two for inclusion in the agenda of the 2006 session of the International Labour Conference in addition to the third item that would be carried over from the 2005 session, viz. a new instrument establishing a framework in the field of occupational safety and health. Three of the seven subjects were proposed for standard setting viz. (a) new measures concerning discrimination in employment and occupation – extension of the grounds on which discrimination is prohibited in Article 1 of Convention No. 111 of 1958; (b) promoting decent work in reconstruction of conflict-affected countries; and (c) the employment relationship. The remaining four subjects were proposed for general discussion by the Conference. Let us look at the three items that were proposed for standard-setting at the 2006 session of the Conference as well as another important subject that was proposed for a general discussion at the 2004 session of the Conference.

3.1 Occupational safety and health

As regards the subject of occupational safety and health no one can deny its obvious importance for workers, and this has been fully recognized over the years by the ILO. No fewer than 18 Conventions on the subject have been adopted to date. The more general Occupational Safety and Health Convention, No. 161 was adopted in 1981 but it has attracted only 21 ratifications. Since 1981 six further Conventions on more specific aspects of safety and health (e.g. asbestos, chemicals, construction, major industrial accidents, mines and agriculture) have been adopted but each one of these has only been ratified by a handful of countries. In these circumstances, the question must surely be whether yet another Convention on the same subject should be added to an already long list of Conventions which, in spite of their apparent importance and relevance, have largely proved to be unratifiable. The question must also be asked why these Conventions have attracted so few ratifications? Has any thought been given to the possible consolidation or codification (as is being cleverly done with an impressive number

of maritime Conventions) of all or some of these Conventions in such a way as to lay down a general framework of obligations that could be accepted by all member States, leaving it to the supervisory bodies to determine in specific cases whether a ratifying State is in good faith compliance or not?

3.2 Discrimination

Convention No. 111 of 1958 which is designed to protect workers against discrimination in employment is one of the fundamental and most widely ratified (by 158 States) Conventions of the ILO and the Committee of Experts has developed a wide range of jurisprudence over the years as regards the meaning and scope of the Convention. The standard-setting proposal that is being made now originated with that Committee which, in its Special Survey on the Convention in 1996, recommended that consideration be given to adopting a Protocol to the Convention that would provide additional grounds on which discrimination would be prohibited under the Convention. The Protocol would allow States to undertake additional obligations in respect of some or all of the following criteria: age, disability, family responsibilities, language, matrimonial status, nationality, property, sexual orientation and state of health. As the Committee of Experts itself pointed out, protection against discrimination is already provided for many of these criteria, as well as others, in other ILO instruments, but the argument advanced is that the adoption of a suitable Protocol would allow the consolidation of such protection. A contrary, but equally valid argument might be that a Protocol would result in the duplication of existing provisions and is therefore irrelevant and unnecessary. In addition, as was also pointed out by the Committee of Experts in its Survey, a provision already exists in Convention No.111 allowing governments to undertake obligations in regard to grounds other than those detailed in the Convention. Article 1(1)(b) states that the definition of discrimination can be modified to include any other distinction, exclusion or preference which may be determined by the government of the ratifying country after consultation with representative employers' and workers' organisations. Interestingly, governments do not seem to use this provision.

Any extension of protection against discrimination at work that can be provided to workers, especially within the framework of the core Conventions, is surely to be welcomed. The question is, would such a Protocol be ratifiable? Some of the criteria mentioned above are already matters of considerable controversy within and between countries and to include them would certainly exclude any possibility for many countries to ratify. Since, in addition, the Convention itself allows for the extension of existing criteria under Article 1(1)(b) and since many of the proposed new criteria are covered by existing provisions in other instruments, the case for a new instrument would appear to be extremely weak.

Such a proposal merely adds fuel to the argument that there are already too many standards and that countries simply cannot or will not ratify new ones even if they are adopted by the Conference.

3.3 Post-conflict situations

The above considerations, and many others, can also be applied to the proposal to develop an instrument – even if only a Recommendation – on promoting decent work in reconstruction of conflict-affected countries. Indeed, it is difficult to imagine a subject that would be less appropriate for the adoption of a standard by the Conference. First of all, given the mandate and the resources of the ILO, the role it can play in post-war situations must necessarily be a very limited one, at least in the short term, except perhaps in rebuilding a Ministry of Labour, providing advice on job creation possibilities through employment services, or assisting any workers' and employers' organizations that exist in playing a part in the reconstruction process through tripartite dialogue. The ILO does not need new standards to do any of these things, nor does it need any kind of "standard" at all to provide a "policy framework" to tell the ILO what it can or should do in post-crisis countries. If the new instrument were to be a Convention it would seem to me inconceivable that any State would ratify it; and it is even difficult to see to which countries a Recommendation would be addressed or what it might contain. The post-crisis country, in assessing its own needs, would always have access to the ILO and whatever appropriate services it could provide. In addition, if a "policy framework" for ILO action were considered desirable to meet such challenges, surely the appropriate manner in which to proceed would be for the Office to submit a draft policy document which the Governing Body could examine, either with a view to adopting the policy itself or deciding whether it merited action by the Conference.

3.4 The employment relationship

The proposal for a Recommendation on the subject of the employment relationship comes from the Conference itself which reached conclusions on the subject at its 2003 session. The proposal is a sensible one and the Recommendation could be of great use and interest to the entire ILO membership in defining such relationships and in establishing the kind of guidelines that will enable States to provide adequate protection to the workers involved. Indeed it is clear from previous discussions at the level of the Conference that a Convention would be wholly inappropriate in view of the divergence of views on a number of important aspects involved in the issue.

3.5 Migrant workers

Another interesting example is the general discussion that took place during the 2004 session of the Conference on the subject of migrant workers which the Governing Body decided to place on its agenda in 2002. The importance of the subject would be difficult to exaggerate and the discussion provided a real opportunity for the ILO to establish an effective programme of action that is based on those international labour standards that are applicable to migrant workers. The debate also provided an opportunity to examine existing standards to determine whether these are relevant to the current situation and whether they form a suitable basis on which an ILO programme can be established. Here again, despite the importance of the subject, it is surprising to note the poor rate of ratification of the Migration for Employment (Revised) Convention, 1949, No. 97 (by 42 States) and the Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, 1975, No. 143 (by 18 States). This suggests that revisiting these, and other instruments relevant to migrant workers, would be timely and the Conference discussion in its conclusions took full account of the need for new or revised standards in this area.

3.6 Conclusion

Some of the above examples show that resort to standard-setting is probably unnecessary and that alternative means of action would not only be more appropriate but also more effective; other examples show that apt consideration is being, or might appropriately be given to the possibility of adopting new instruments or revising existing ones. As emphasized above, the role of the Office in determining subjects that may be appropriate for standard-setting is a crucial one and it should proceed on the basis of solid, up-to-date and worldwide research as well as prior consultation with governments and the social partners. The object of the exercise must always be to establish an instrument which will provide an adequate degree of protection to workers and which at the same time will be ratifiable by at least a large majority of member States. A Convention that only attracts a small number of ratifications is hardly worth the paper on which it is written and at best may be referred to by governments who wish to legislate on the same subject at the national level.

The process of revising or updating Conventions that are out of date, or eliminating Conventions that are obsolete or have been superseded by newer instruments, is an important one and one that needs to be continued. But the process can only be successful if the technical units, both at headquarters and in the field, at all times keep in mind the relevant standards that underpin their work in order to ensure that these standards keep abreast of realities in the social

and labour fields. In addition to revision, this constant monitoring, research and the execution of technical cooperation programmes should also give rise to ideas for new instruments. Indeed, this should be the main task of all the technical units. If so many poor standards have been adopted over the past 20 years one reason is that the proposals for many of them were ill-conceived or inadequately researched, or that they originated in the Governing Body and not in the Office. These exercises should be dictated by world realities and common sense and not by pressure from individual interest groups which, increasingly, seek to influence the technical work of the Office.

III. The Declaration of Philadelphia

1. The ILO mandate

Given the complex nature of the Organization and the constantly evolving state of the world and its labour markets it is probably normal that, at least since the end of the Second World War, there has been constant questioning within the Organization about what its main functions should be and what mandate it should be pursuing to address the problems of the time. The 1944 Declaration of Philadelphia, written by two extraordinary ILO visionaries – Edward Phelan and Wilfred Jenks – hugely expanded the potential range of ILO action in areas such as employment policy, the “war on want” and economic and financial policy. This grand affirmation of principles was also accompanied by a new ILO programme of action some of which might be considered today as going somewhat beyond the ILO’s mandate. This famous Declaration (unlike other instruments of the same name) was given special legal status by being formally incorporated into the Constitution of the Organization as a restatement of the aims and purposes of the Organization. It also became, by the ratification of the amendment incorporating it into the Constitution, a part of the obligations of membership of the Organization.

The Declaration of Philadelphia consists of a reaffirmation of what it describes as “the fundamental principles on which the ILO is based”; an elaboration of the postulate that lasting peace can be established only if it is based on social justice into a grand affirmation of the equality of man in the pursuit of freedom and dignity as the central purpose of national and international policy; a programme of action; a statement of economic philosophy; and an affirmation of the unity of mankind. It was truly a universal social charter and in many ways set a pattern for the Charter of the United Nations itself, the Universal Declaration of Human rights and the United Nations Covenants on

Human Rights. It was also the first time that the social objective took its place in a statement of the aims and objectives of a world organization as the only legitimate criterion of the validity of economic policy. It entrusted the ILO with responsibility "to examine and consider all international economic and financial policies and measures in the light of this fundamental objective". This provision was designed to define the part which the ILO should play in the new order of economic cooperation to be established by the United Nations. The measures envisaged by the Declaration were a preview of the economic policies of the entire United Nations family, including such organizations as the United Nations Development Programme (UNDP), UNCTAD, ECOSOC, as well as the International Monetary Fund (IMF), the World Bank and the General Agreement of Tariffs and Trade (now the World Trade Organization).

The aftermath of the Declaration of Philadelphia saw the development of major operational programmes by the ILO, since the standard-setting function, although still relevant, was no longer considered to be adequate by itself to address the developmental problems that faced the world. But it was always clear that, underlying and underpinning all the technical programmes of the ILO was the abiding concern of the Organization with human rights. The Declaration of Philadelphia remains the authoritative expression of ILO philosophy on human rights which it sums up in the principles that "freedom of expression and of association are essential to sustained progress", that "poverty anywhere constitutes a danger to prosperity everywhere", and that all human beings, irrespective of race, creed or sex, have the right to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity, of economic security and equal opportunity".

The everlasting validity of these fundamental principles is not in doubt; the vast range of practical programmes which the Declaration sets out, however, must be seen in the context of all the UN organizations, the IMF, the World Bank and the WTO that were all established in subsequent years and whose competence and capacity are infinitely superior to those of the ILO to deal with economic, trade and development issues. The problem is that the ILO, despite its very limited capacity, both in terms of technically qualified personnel and financial resources, has constantly developed and widened its research and technical programmes in areas in which it has little chance of making an impact or which should more appropriately be dealt with by other organizations. This has led not only to a dilution of the impact of the technical programmes themselves; more seriously, it has contributed to a weakening of the core standard-setting and supervisory functions of the Organization. Over the years the distribution of the regular budget has increasingly favoured programmes dedicated to such areas as employment creation, poverty alleviation, training programmes, or small and medium-sized enterprise development, in all of which areas, albeit important ones, the ILO has a very limited contribution to make. Obviously the ILO cannot ignore these areas

in its work but the fact that they consume the major part of the budget to the detriment of resource levels available for standard-setting and supervision has had consequences for the Organization that should be closely examined in the context of a genuine evaluation of the ILO's overall programme of activities.

2. The post-Cold War situation

The emphasis on employment, economic research and technical operations in the field was accentuated throughout the nineties with the ambitious aim of making the ILO an organization that would be listened to with respect on the international economic stage, and which could intervene, in a credible and meaningful way, in the international debates in which the economic and financial directions the world should be taking were formulated. Questions were raised about the relevance of standards. In the post-Cold War period was the ILO capable of defining universal standards, or indeed should the ILO, in an era of deregulation and international competition, continue to produce the type of standards it had been producing? Questions were also rightly being asked about the value of standards and the effectiveness of the supervisory system, and even the workers began to criticize the standards system for its "lack of teeth". This was a curious position for the workers to take since they had hitherto always taken the view that the application of sanctions to countries which violated standards was not part of ILO culture, and in any event the ILO had few sanctions at its disposal that it could apply. Their answer was to seek the inclusion in the World Trade Agreement of the WTO of a "social clause" that would protect workers' fundamental rights as defined in the ILO's core labour standards. They were under the illusion that, if they succeeded in achieving their goal, fairer trading would be ensured and that countries which violated these fundamental rights would be sanctioned. Little consideration was given to the completely different composition of the WTO from that of the ILO, that it was not a tripartite organization, and that it was highly unlikely that it would work along with the ILO supervisory bodies to create a sanctions-based system. Nor was much consideration given to what would certainly have been grave consequences for the ILO and its supervisory bodies if agreement had been reached to include the "social clause" in the WTO Agreement.

Seen as protectionist by the developing countries the attempt to introduce such a clause failed despite the strong support it had received from highly industrialized countries and the Office. Furthermore, equally misjudged attempts to extend the special procedures applicable in the field of freedom of association to the principles of discrimination and forced labour were rejected by the Governing Body. What is interesting is that during this period much

work was done to revise existing Conventions, and even an amendment to the Constitution was adopted in 1997 allowing for outmoded instruments to be abrogated. This was a valid attempt to rationalize and modernize the corpus of international labour standards, but it was also deliberately designed to focus attention on the core ILO Conventions relating to freedom of association, discrimination, forced labour and child labour.

The Copenhagen Social Summit of the UN in 1995, in which the ILO played an important part, also reinforced this focus by emphasizing in its conclusions the importance of applying the fundamental Conventions of the ILO. Curiously, there was little opposition to this emphasis on “core”, or basic human rights standards, and some may even have seen great advantage in diverting the focus away from the more obvious social policy standards of the ILO, for example, the employment policy instruments, the social policy standards, the Conventions on social security, minimum wage-fixing, and termination of employment some of which had figured much more prominently in the debates on a “minimum” or “basic” labour standards clause that the workers and some countries had sought, in vain, in the 1970s, to introduce into such regional trade agreements as the Lome Convention or the international General Agreement of Tariffs and Trade (GATT). Indeed, although there can be no question about the importance of the fundamental human rights Conventions, there was a strong case for arguing that, in the context of rapid globalization and deregulation, the social policy standards of the ILO had seldom been more important or relevant and that this was the right time to emphasize this.

IV. The Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work

1. Strengths and weaknesses

The new focus on core labour standards met with little resistance, even from the workers who wished to see some compensatory action being taken by the ILO for their failure to obtain a social clause which the WTO formally rejected at its Conference in Singapore in 1996 but which at the same time recognized the role of the ILO to enforce these standards. Almost four years of work and debate on the issue of a social clause were salvaged by the acceptance by the Governing Body, and the final adoption by the Conference, in 1998, of a Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work containing all the fundamental instruments relating to freedom of association, discrimination, forced labour and child labour.

This political reaffirmation of the basic human rights standards protecting workers was certainly a useful and timely reminder to all member States that there is a constitutional obligation on them to respect these principles whether or not they have ratified the relevant Conventions. According to the Declaration, the promotion of these principles would also be accompanied by programmes of technical assistance for any government that needed help in attaining closer conformity with them. Unlike the Declaration of Philadelphia, the Declaration of 1998, in itself, is not a legally-binding instrument. What is legally binding on all member States, however, being linked as it is to Article 19 of the Constitution, is the reporting procedure annexed to the Declaration which obliges States to report annually on all those fundamental instruments referred to in the Declaration which they have not ratified.

A tripartite group of seven Expert-Advisers was appointed by the Governing Body to monitor the reports supplied by governments on the Conventions in question and to submit to the Governing Body an introduction to the Office's compilation of the information so supplied. In addition, since 2000, it has been the task of the Director-General to submit to the Conference each year a global report on one of the four categories of fundamental principles and rights. Four reports have now been submitted to the Governing Body by the Expert-Advisers, and by 2003 the Director-General had submitted a global report to the Conference on each of the four categories of fundamental principles and rights. Throughout this four-year period, there has been a very substantial increase in the number of ratifications of the Conventions in question. The optimists would regard this as a positive sign and evidence that the Declaration has been an encouragement to States to make progress in these fundamental areas; others, noting that some Conventions have been ratified by States whose law and practice are far from being in compliance with the Conventions, would argue more cynically that they may have ratified in order to escape the very heavy reporting burden that the Declaration imposes. Whatever the case, the Declaration and its procedures have no doubt brought additional pressure to bear on non-ratifying countries to have more regard to making real progress in these fundamental areas. Whether any substantial progress has in fact been made is, however, more doubtful in spite of the tens of millions of dollars that have been provided by the US Government for technical programmes and projects to promote the Declaration. The ILO has found it difficult to absorb such resources in these areas, find experienced and properly trained staff to execute these projects or give them adequate technical support. According to the Expert-Advisers, it is also finding difficulty in dealing with the increasing number of requests by governments for assistance.

2. *What lies ahead*

There is no doubt that a comprehensive, in-depth analysis will be made by the Office of all the work that has been done so far under the Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work with a view to identifying what needs to be done to make further progress in these important areas. But generally, while the Expert-Advisers seem to recognise that some important legislative changes have been introduced by some countries, they have, in their most recent report to the Governing Body, indicated that, “despite four years of work, it is clear that millions and millions of people are still denied the basic rights of the ILO standards related to the Declaration”. They found it “unacceptable” that, although the social partners are able to supply comments and information on government reports, the number of comments was so limited. They were “again very disappointed by the very low participation of national employers’ and workers’ organizations and the almost non-existent one of international employers’ and workers’ organizations”. As regards technical cooperation, the Expert-Advisers found it “disturbing to note that not all requests are met by the ILO and that more regular and extra-budgetary funds are slow in materialising”. They also noted that while “all four principles require equal attention, [...] most needs for technical cooperation are under the principle of eliminating child labour. Discrimination has the least requests”. Finally, they made a plea that there should be greater cooperation between the different sectors of the ILO at headquarters and in the field in order to ensure that the Declaration principles and rights were mainstreamed into all ILO work.

It does not yet seem to be entirely clear what changes are needed to make the procedures and programmes under the Declaration more effective, but obviously the simple compiling of government reports without any comments being made by the social partners and the writing of an introduction by the Expert-Advisers is wholly unsatisfactory, and little progress will be achieved through this procedure. On the other hand, there is a real opportunity to achieve results through the technical cooperation work that has been made possible by US funding. But this will only be successful if projects are carried out by experienced experts in the fields covered by the Declaration and who are well-versed in all the complex jurisprudence that has been developed by the supervisory bodies for the Conventions involved. This means – as the Expert-Advisers also stated – total collaboration with the other technical units at headquarters and in the field. It should not be overlooked that there are many countries which have ratified the core Conventions in the Declaration but which are far from respecting their obligations under them. And, as we have already seen, there are many other Conventions of the highest importance, ratified or not, which also need to be promoted if social progress is to be made. It is unfortunate that the undue attention that has been given to the Declaration and its follow-up

has greatly detracted from standards in general and their implementation, thus creating the false impression that it is only those standards contained in the Declaration that are of any worth. The sooner any such impression is dispelled the better. The core Conventions of the ILO are, of course, of the utmost importance. But they are only part of the “social pillar” that consists of the entire and unique corpus of international labour standards that has been developed by the ILO since its inception. The social policy of the ILO is essentially the sum total of all the Conventions and Recommendations that have been identified as being valid, relevant and modern instruments that should be observed in the world of work. In order to fulfil the mandate conferred on it by the Declaration of Philadelphia both member States and the Office should not only be familiar with, and understand the International Labour Code; they should also be committed to it whether they agree with it or not.

V. The supervisory bodies

The few reflexions that follow concern, in particular, the “regular” methods of supervision of the application of international labour standards that have been adopted by the ILO in accordance with Articles 19 and 22 of the Constitution, that is to say the monitoring of international labour standards by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. But let us look first at the other, *ad hoc* mechanisms that can be established by the Governing Body by virtue of Articles 24 and 26 of the Constitution to examine representations or complaints that are submitted in accordance with the provisions of these Articles. Mention will also be made of the special freedom of association procedures that were established in 1951 to deal with complaints of alleged infringements of trade union rights against States whether or not they have ratified the relevant Conventions.

1. Article 24 – Governing Body committees

In general, the Governing Body tripartite committees that have been set up by virtue of Article 24 to examine representations made by industrial associations against a ratifying government that is alleged to be failing to comply with a Convention, have worked satisfactorily. Indeed, the procedure under Article 24 is an extremely valuable one for workers and employers, providing as it does, the only way in which an industrial organisation can, at any time, seek

redress in circumstances where it feels that a ratified Convention is not being applied. Unfortunately, although this procedure has been used more frequently in recent years, recourse to it cannot be said to be common (in 2003 three final reports were issued and three cases were pending; another had been declared irreceivable). One reason is probably that workers' and employers' organizations do not know about it or how to use it; another is that the best outcome that can be achieved is the publication of the Committee's report at the end of the proceedings should the Governing Body so decide. This may be considered somewhat benign considering that, in certain cases, the alleged violations are serious in nature.

2. Article 26 – Commissions of Inquiry

Recourse to Article 26 of the Constitution, which is intended to lead to the establishment of an independent Commission of Inquiry, can only be had by ratifying States, or by accredited delegates to the International Labour Conference (and only during the Conference), or by the Governing Body *ex officio*. The State against which a formal complaint is brought must also have ratified the Convention that is alleged to have been breached. These distinguished Commissions of Inquiry, composed of independent persons of the highest calibre, have been set up in circumstances involving the gravest and most persistent violations of the core Conventions of the ILO. They have generally followed a lengthy period of examination and criticism by the Committee of Experts, on-the-spot missions ("direct contacts") or, in the case of the freedom of association Conventions, a series of reports by the special Governing Body Committee on freedom of association.

The success or impact of Commissions of Inquiry is difficult to measure and indeed has depended, to a certain extent, on the level of cooperation that has been extended to each Commission by the government involved in the case. One view is that the mere establishment of a Commission of Inquiry is the ultimate "sanction" that the ILO can impose on a government and there can be little doubt that, if due publicity is given to such a procedure, this will cause considerable discomfort for the government that is being brought to book for grave violations of fundamental Conventions. On the other hand, the large majority of governments that have been involved in this procedure to date have not responded as positively as they should have, to the reports and recommendations for action that are made at the end of the inquiry, and some have even refused outright to extend any cooperation at all to the Commission. There is a number of cases (e.g. Greece, Poland) in which the reports and recommendations of Commissions of Inquiry were used as a basis for action after the military

regimes had been replaced by more democratic ones, which shows that ILO action is, in most cases, a long-term process and not one consisting of instant solutions or end-products. Every Commission has been a model of competence, impartiality and objectivity, and if they have not always been able to produce positive results, this has been almost entirely due to political circumstances prevailing in the country under examination.

While it is for each Commission to determine its own procedure, particular consideration should be given to circumstances in which a government refuses to cooperate, or to allow the Commission access to the country, or where it withdraws its cooperation at some stage in the proceedings thus making it virtually impossible for the Commission to reach conclusions in full knowledge of the facts. Here, the question is whether the Commission should abandon the inquiry and simply order that the widest publicity be given to the government's failure to cooperate or should continue to carry out its mandate and establish a report on the basis of information it is able to gather from sources outside the country. Both avenues involve serious risks, and the answer is probably that the appropriate action to be taken is that which will ensure that the ILO can continue to keep the situation under examination and thereby guarantee a minimum of protection to the workers involved. One such case involving a recent Commission of Inquiry (Myanmar) is one in which the experience of previous Commissions of Inquiry may not have been properly taken into account and in which the outcome to date might have been more positive if a more orthodox approach had been followed. The procedures followed in that case should be examined in great detail in order to avoid the kind of errors that have been made in this inquiry which, to date, has cost much but rendered little.

3. The Fact-Finding and Conciliation Commission on Freedom of Association

The Fact-Finding and Conciliation Commission on Freedom of Association is a standing body of the ILO and consists of nine independent members having the same qualities as those appointed to Commissions of Inquiry. When called upon to do so it operates normally in panels of three and follows procedures that are very similar to those followed by Commissions of Inquiry. Dealing as it does with alleged violations of trade union rights in countries that have not ratified the relevant Conventions, the countries concerned must consent to the establishment of the Fact-Finding and Conciliation Commission, and the fact that, to date, not one of the six governments concerned has refused its consent is a tribute to the respect in which this body is held. It also demonstrates that these governments were genuinely interested in finding solutions to

the problems to which the complaints had given rise. These considerations, at least partly, explain why the Fact-Finding and Conciliation Commission has had considerably more success than the Commissions of Inquiry. Indeed, its work has resulted in the ratification of the freedom of association Conventions by no fewer than five out of the six countries for which the FFCC was established and a considerable amount of practical progress in the application of trade union rights in the countries concerned.

4. The Governing Body Committee on Freedom of Association

As for the famous Governing Body committee on freedom of association, which, since its inception in 1951, has dealt with well over 2,300 cases of alleged violations of trade union rights, its record of success in achieving positive results is praiseworthy. Being a tripartite body, and dealing with factual trade union rights issues, the conclusions of this committee are more direct and less legalistic than other supervisory bodies, and the impression that is invariably given is that this committee is attempting to solve problems on the basis of facts and evidence rather than reach conclusions on questions of conformity with rules. It is a truly practical industrial relations approach that has its roots in the mandate of the “parent” Fact-Finding and Conciliation Commission on Freedom of Association. Cases brought before this highly respected committee often form part of a broader range of human rights violations perpetrated by a government and, in such cases, its impact must be seen as part of an overall effort by a number of organisations (and possibly even some governments) to obtain improvements in a country.

But the methodology of the committee on freedom of association is not perfect, and more dynamism would be injected into it if there was more recourse to procedures that were agreed by the Governing Body already in 1979, and which have rarely, if ever been utilised. Indeed these procedures were introduced at the time in order to give the ILO “more teeth” in the context of debates in the Governing Body concerning possible sanctions that could be imposed on governments that were in gross violation of the principle of freedom of association. One of these is the more frequent use of the field structure to supply information, to explain the importance of the procedures to governments and to encourage governments to respond diligently to complaints and requests by the committee for information. Another is the sending of a mission on the spot immediately – after consultation with the chairman of the committee – on receipt of a complaint which contains allegations of a particularly serious nature. In addition to acting at once in such cases of urgency it was considered that such a procedure would also have the positive advantage of finding out

the facts much more rapidly and enabling the committee to reach final conclusions in the case in the shortest time possible. Another proposal which was accepted by the Governing Body was that there were cases of such complexity that they might justify recourse to the hearing of witnesses by the committee. This proposal is perhaps even more justified today than when it was made and the argument that the committee has neither the time nor the resources for this is unacceptable. This is not to suggest that these procedures should be used on a regular basis but rather that their exceptional use would enable the committee to obtain a deeper understanding of the issues, and help avoid the somewhat routine conclusions in which the committee merely pronounces the principles which it considers to have been transgressed and asks to be kept informed of any progress made.

5. The Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations

Finally, a few ideas and suggestions regarding the work of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, and the Conference Committee of the same name. It is probably true to say that it is part of Valticos' legacy that these institutions and their procedures have survived intact and practically unchanged to this day. Such was the distinction of the man and the dominant power he wielded over the entire standards system and its institutions that, after he departed from the Office, it was considered almost blasphemous to suggest that, with the passage of time, adaptations may have to be made if the system was to remain effective and maintain its credibility. Even on the few occasions when the Committee of Experts itself examined its methodology it, not surprisingly, changed little. Valticos would have deplored such blind conservatism. He was the first to understand that the system had constantly to evolve if it were to survive and be effective, especially in the light of the ever-increasing number of ratifications and new member States, not to mention the fact that the world itself was changing. Valticos understood, too, that, however it changed, the world would need a regulatory system that would ensure the protection of workers and the effective functioning of labour markets.

In 2002, a sub-committee of the Committee of Experts was created to examine the working methods of the Committee but to date nothing of any significance has been suggested. There have, however, been some useful changes to the manner of reporting, and the rearrangement of the Committee's report to the Conference by groups of Conventions will certainly help facilitate the work of labour ministries as well as presenting a more complete overview of the application of Conventions in a particular field. But, however useful these

changes may be, they are nevertheless cosmetic. They do not address the more fundamental question of how to deal effectively with the many hundreds of cases of serious violation of ratified Conventions by States to which the Committee is obliged each year to transmit observations. In the last few years the Committee's report has consisted of some six to seven hundred pages (now shortened to some 450 by the new format) which may well represent an accurate reflection of the extent to which workers' rights are being flouted throughout the world today. But observations, sometimes made repeatedly over many years, and in a language which is overly pedantic and legalistic, are inadequate by themselves to achieve progress. Each year, the Committee does report cases of "progress" and in some cases these can be important. But, in general, when one examines these cases in detail the progress made is often superficial and of little real impact on the situation at issue. The credibility of the standards system would benefit greatly if the "numbers game", as it relates to ratifications and cases of progress, were abandoned, and more attention paid to the practical action that might be taken to assist governments to overcome their difficulties.

The practice of the Committee of Experts of assigning to each of its members the responsibility for a group of Conventions has advantages. Each member, on the basis of initial drafts prepared by members of the secretariat, draws up proposed observations which he/she will then submit to the plenary of the Committee for adoption. But that practice has also problems. Each year, and often over many years, the same expert deals with the same group of Conventions for which initial draft comments have been prepared by the same officials. It is certainly true that the longer an expert deals with a group of Conventions the more expertise he/she will acquire in a particular area. But it is also true that the more the expert acquires experience, the more reluctant the other members of the Committee will be to contest his/her draft comments. It is inevitable that the result is rigidity of approach and of language. To be sure, the "machine" has been finely tuned to enable the Experts to conclude their work on time, but the time limits now applicable simply do not permit individual experts to deal with anything but the Conventions assigned to them. Now that all the Conventions have been divided into groups of related instruments, it is to be hoped that consideration will be given to the possibility of groups of experts being formed to consider prepared drafts for particular groups of Conventions (and certainly for the fundamental and priority instruments). If different officials were assigned to different instruments each year this would also have the considerable advantage, not only of introducing fresh ideas and approaches into the exercise, but also that of providing both the experts and the officials concerned with a much wider knowledge of standards in general.

I have long taken the view that the Committee of Experts would benefit greatly if its composition included at least one economist with the same level of qualifications as that required of the other members. With all due respect to

the legal knowledge and general wisdom of the eminent experts, their task is not limited to a comparative analysis of Conventions and national legislation. There are many factors to be taken into account in the assessment of conformity with standards and their application in practice, not the least important of which are economic, and the presence of an economist could assist the Committee in obtaining a broader and more practical basis on which to determine the tone and content of its observations. It goes without saying that there should also be much greater synergy between officials dealing with the application of standards and those dealing with employment policy questions as well as those officials in technical units of the Office who are responsible for technical cooperation programmes that are relevant to the practical application of Conventions. These latter officials should have direct access to the Committee in order to explain what precisely is happening on the ground and the extent to which ongoing or planned technical programmes could affect the application of certain standards. Prepared in the light of all this knowledge, observations would assume a different character and tone, and form the basis of a more meaningful dialogue with member States that would lead to greater progress being made. Standards will never be accepted, ratified or applied unless member States are satisfied that they are of direct or indirect benefit to the economy or to society as a whole, and the inability of the Office and the supervisory bodies in general to persuade States of this with respect to the application of individual Conventions is one of the major weaknesses of the system. My personal experience in South-East Asia was that, contrary to thinking at headquarters, governments which for years had had major difficulties with the Committee of Experts and the Conference Committee were frustrated that they were unable to discuss their problems with knowledgeable officials who could explain to them the real meaning of a Convention and the consequences of its application.

A third area in which there exists a real opportunity for improvement concerns the work of the working party that is established each year by the Committee of Experts to deal with general or particularly complex questions such as general surveys of reports submitted under articles 19 and 22 of the Constitution. In 2003, for example, a working party of three experts was established to examine and submit a General Survey on the Employment Policy Convention, 1964 (No. 122), the Employment Policy (Supplementary Provisions) Recommendation, 1984 (No. 169) and aspects relating to the promotion of full, productive and freely-chosen employment of the Human Resources Development Convention, 1975 (No. 142), and of the Job Creation in Small and Medium-Sized Enterprises Recommendation, 1998 (No. 189). This General Survey had been called for by the Governing Body at its November 2001 Session. It was obviously an intelligent and timely choice and one that would give the ILO an opportunity to show that, if its overall capacity in the field of employment and training policies is extremely limited, its standards are nevertheless of fundamental importance

and provide a solid and practical basis on which to develop policies in these fields. It is important that, once the General Survey has been discussed by the Conference Committee a joint, integrated programme of action should be set up by the Standards and the Employment Sectors of the Office to be implemented over the next twelve months. The objective would be to promote the relevant standards and to demonstrate, through practical advisory services, how the application of these standards can contribute to the development of employment and training policies that are effective.

It is my view that the important work that is done for General Surveys has never been properly exploited in the past and they have generally been done as academic exercises or at best used as reference documents. It is only by following up the preparation and discussion of these Surveys with practical programmes that these important reports can have any significance. Programmes should be established, along with the technical services involved, to promote the instruments examined by the Committee of Experts who should, one year later, be apprised of the results of their work and of the work of the Office in giving effect to their recommendations.

6. The Conference Committee on the Application of Standards

In addition to discussing the annual General Survey of the Committee of Experts, the Conference Committee devotes the major part of its time to the detailed discussion of the most serious cases that appear in the Experts' report. The selection of cases is made by the Committee itself, and partly on the basis of indications given by the Experts in their report. Despite the seriousness of most of the cases involved, insufficient publicity is given to the often severe conclusions reached by the Committee thus reducing their impact. International publicity is one of the few weapons at the disposal of the ILO, and the extreme sensitivity of governments to adverse publicity should never be overlooked or underestimated. The Conference is also the ideal moment to discuss directly with government delegations what action can be taken by the Office to assist in seeking solutions to the problems that have given rise to the debates in the Conference committee. The most serious cases should indeed be raised by the Director-General himself in his meetings with Ministers or delegations in order to secure arrangements for further action, and direct contacts missions should take place in these cases as soon as possible after the Conference. Cases in which governments accept such missions and make good faith efforts to make progress should, in accordance with the usual practice, not be discussed at the following Session of the Conference. Unfortunately, this practice has not always been respected.

VI. Concluding remarks

The subject of standard-setting and supervision is a vast one, and in this essay I have only scratched the surface of some of the issues that so urgently need close attention if the system is to maintain any credibility. As far as I am aware, no empirical evidence has been found to support the argument that labour standards are obstacles to adjustment, economic growth and employment creation. To the contrary, it is because labour standards guard against the overuse and abuse of labour, that they, by creating a system of restrictions and incentives, push enterprises into pursuing more constructive and imaginative approaches and provide more options in the adjustment process. I would urge that standards provide a model which guarantees both fair and equitable conditions for workers as well as steady growth and economic development. International labour standards, as well as tripartite approaches, are designed not only to protect workers from abusive practices and exploitation; they also protect society from all the negative consequences of treating labour – millions of human beings who deserve dignity and respect – merely as a commodity, or as some kind of abstract mass to be manipulated to satisfy economic imperatives.

International standard-setting on social and labour issues is unique to the ILO. The process by which these treaties are written and adopted, that is to say, with the full participation of governments, employers and workers, is also unique to the ILO. All the instruments that constitute, from time to time, the International Labour Code (and not just some of them) form the legal basis on which social policy can be developed and through which the objective of social justice can be achieved. There can be little doubt that the standard-setting function of the ILO is by far the most important of all its tasks, perhaps even more so today than at any time in the past, in view of the increasingly rapid process of globalization and its phenomenal impact on economies, labour markets and societies in general. It is all the more important, therefore, that as much time, intellectual energy and resources be allocated to this function in order to ensure that its products correspond with reality and make a real and beneficial contribution to the ILO's objectives. This will only be possible, however, if the ILO is not caught up in a mass of activities, such as those related to trade, global production systems, investment and growth, all of which may have some relevance to ILO objectives, but which are best dealt with by those institutions that have been specifically mandated, and which have the capacity to do so. ILO constituents should understand that the prestige of the Organization depends mainly on the promotion of social justice through the acceptance and implementation of its unique code of labour standards. This is a huge and noble objective in itself and one from which the ILO should not be diverted for reasons of expediency. I am inclined to think that Nicolas Valticos would have at least generally agreed.

Some remarks concerning the Commissions of Inquiry established under the Constitution of the International Labour Organization

*Budislav Vukas**

During the 1968 Course on Public International Law at the Hague Academy of International Law, I was working on my PhD thesis in the Library of the Peace Palace. I had no intention of following any of the courses at the Academy, as none of them dealt with the law of treaties, which was the subject of my thesis. However, one Monday – for reasons I no longer recall – I attended the first lecture of the course by Nicolas Valticos, entitled “Un système de contrôle international: la mise en œuvre des conventions internationales du travail”.¹ Although the subject of his course had nothing to do with the topic of my research, I could not resist attending all five lectures by the Director of the International Labour Standards Department of the International Labour Office. The way in which he presented the system for supervising the application of the Conventions adopted in the framework of the International Labour Organization was so attractive, that since then this Organization and international labour law in general have remained one of my favourite fields of international law.

Due to several coincidences, and to Nicolas Valticos, in 1985 I became member of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations of the International Labour Organization. Over the following eighteen years I had the privilege of meeting Nicolas Valticos often. However, every meeting with this exceptional person was such an exciting event, that I never tried to discuss legal topics with him. It is therefore a sad coincidence that it is only in this collection, dedicated to this great Greek lawyer after his passing away, that I am raising some issues that I should have discussed with my friend and colleague Nicolas Valticos.

* Professor of Public International Law, Faculty of Law, University of Zagreb; Member of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations.

¹ See *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 123, 1968, pp. 311-407.

Having been on two occasions a member of Commissions of Inquiry appointed by the Governing Body,² I have decided to discuss in my contribution to this collection some provisions of the Constitution of the International Labour Organization on Commissions of Inquiry. Drafting this article, I have been confronted once again with the greatness of my dear friend. Almost all the points I discuss in my text were dealt with long ago by Nicolas Valticos in his writings, and particularly in the all-encompassing article “Les commissions d’enquête de l’Organisation internationale du Travail”.³

Under Article 26 of the Constitution, the Governing Body is entitled to appoint a Commission of Inquiry to consider a complaint filed by a member State of the Organization if it “does not think it necessary to communicate the complaint to the government in question, or if, when it has made such communication, no statement in reply has been received within a reasonable time which the Governing Body considers to be satisfactory” (para. 3). The Governing Body may also appoint a Commission of Inquiry “of its own motion or on receipt of a complaint from a delegate to the Conference” (para. 4).

Since my first membership of a Commission of Inquiry, I have had some misgivings about the use of this term for a commission having the competences the Commissions of Inquiry provided for in Article 28 of the ILO Constitution.

The first duty of the Commissions does indeed correspond to the task given to the “commissions d’enquête”, “inquiry commissions”, “fact finding commissions” since their definition in the 1899 Hague Convention for the Peaceful Settlement of International Disputes.⁴ The Commission has to fully consider the complaint, and “prepare a report embodying its findings on all questions of fact relevant to determining the issue between the parties” (Article 28 of the Constitution). In contrast, all the relevant authors limit the scope of the activities of a commission of inquiry to ascertaining the facts in contention.⁵

However, under Article 28, the Commission’s report contains “such *recommendations* as it may think proper *as to the steps which should be taken to meet*

² Commission of Inquiry appointed under Article 26 of the Constitution of the International Labour Organisation to examine the observance by Romania of the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111), appointed by the Governing Body in November 1989; Commission of Inquiry appointed under article 26 of the Constitution of the International Labour Organisation to examine the observance by the Government of the Republic of Belarus of the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87), and Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98), appointed by the Governing Body on 19 November 2003.

³ See *Revue générale de droit international public*, vol. 91, 1987, pp. 847-879.

⁴ See the definition in L. Oppenheim, *International Law – A Treatise*, vol. II, *Disputes, War and Neutrality*, 7th edition, edited by H. Lauterpacht, Longmans, London, 1963, p. 13.

⁵ See, for instance, J. Andrassy, *Međunarodno pravo*, 7th edition, Školska knjiga, Zagreb, 1978, p. 495; M. N. Shaw, *International Law*, 4th edition, Cambridge Univ. Press, 1997, p. 724; Nguyen Quoc Dinh; Patric Daillier; Alain Pellet, *Droit international public*, 7th edition, L. G. D. J, Paris, 2002, p. 834.

the complaint and the time within which they should be taken" (emphasis added). The right of an ILO Commission of Inquiry to make recommendations is the element which goes beyond the usual tasks given to commissions of inquiry. The possibility of determining the time within which the measures recommended "should be taken" shows that the "recommended steps" have some aspects of an arbitral award or court judgment. The State concerned is not entitled to neglect the "recommendations", and a time limit may even be determined for the fulfilment of the requirements of the Commission of Inquiry. Moreover, there are bodies within the framework of the International Labour Organization which can verify the actions of the State to which the recommendations are addressed. Thus, for example, the Commission of Inquiry established on 27 May 1983 to examine the complaint on the observance by Poland of Conventions Nos. 87 and 98 expressed the view that some of the measures it recommended "are so urgent that the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations at its March 1985 Session should be enabled to report on the action taken by the Government in the fields concerned during the months immediately preceding that session".⁶

Romania has been much more cooperative than Poland, as it has since 1981 reported on the measures taken in respect of specific remarks formulated in the 1991 Report of the Commission of Inquiry appointed to examine the observance by Romania of the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111).⁷ Taking into account all these elements, Nicolas Valticos expressed the view that the competences of the Commissions of Inquiry even go beyond judicial activity.⁸

In respect of another provision on Commissions of Inquiry, I have no remarks concerning terminology, but would like to address content. Namely, Article 29 of the Constitution does not take into account all the participants who are entitled to seek the appointment of the Commission of Inquiry. According to the first paragraph of this article, the "Director-General of the International Labour Office shall communicate the report of the Commission of Inquiry to the Governing Body and to each of the governments concerned in the complaint, and shall cause it to be published". However, under Article 26, paragraph 4, of the Constitution, the Governing Body may appoint a Commission of Inquiry not only on the basis of a government's complaint, but also "of its own motion or on the receipt of a complaint from a delegate to the Conference".

⁶ See Report of the Commission instituted under article 26 of the Constitution of the International Labour Organisation to examine the complaint on the observance by Poland of the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87), and the Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98), *Official Bulletin*, vol. 67, 1984, Series B, Special Supplement, para. 579, p. 147.

⁷ See *Official Bulletin*, vol. 74, 1991, Series B, Supplement 3.

⁸ See Nicolas Valticos, *Droit international du travail*, 2^e edition, Dalloz, Paris, 1983, p. 611.

On the basis of this provision, in contrast with the situation of the Governing Body and the governments concerned, a delegate who is not a member of the Governing Body would not receive the report of the Commission of Inquiry from the Director-General of the ILO, even where that delegate initiated the process of establishing the respective Commission of Inquiry. She or he would have to wait for the publication of the report in order to have a copy.

This omission is probably the consequence of a historical fact in the process of drafting the Constitution of the International Labour Organization. As Nicolas Valticos has reminded us, the first draft of the Constitution, proposed by Great Britain in 1919, did not include the possibility of complaints being submitted by delegates to the Conference. This element of the present Article 26, paragraph 4, was inserted in the Constitution on the basis of a proposal made by the Belgian politician Vandervelde.⁹

Yet, even more intriguing is the second paragraph of Article 29, concerning the further treatment of the Commission's report, which provides that "each of these governments shall within three months inform the Director-General of the International Labour Office whether or not it accepts the recommendations contained in the report of the Commission; and if not, whether it proposes to refer the complaint to the International Court of Justice."

This provision excludes not only individuals, but also the Governing Body from the possibility of engaging the International Court of Justice (ICJ). However, this restriction, although illogical on the basis of the preceding provisions, is understandable taking into account the restricted competence *ratione personae* of the ICJ. Namely, on the basis of Article 34, paragraph 1, of its Statute, "only states may be parties in cases before the Court". Article 31 of the Constitution of the International Labour Organization, which lays down that the "decision of the International Court of Justice in regard to a complaint or matter which has been referred to it in pursuance of article 29 shall be final", is also in accordance with the Court's Statute (Article 60).

As the ICJ is "the principal judicial organ of the United Nations" (Article 92 of the UN Charter), the appellate jurisdiction of the ICJ provided for in Article 32 of the Constitution of the International Labour Organization is not inappropriate: "The International Court of Justice may affirm, vary or reverse any of the findings or recommendations of the Commission of Inquiry, if any."

However, the Governing Body may have recourse to the other function of the ICJ, i.e. its competence to give advisory opinions. Under Article 33 of the ILO Constitution, "in the event of any Member failing to carry out within the time specified the recommendations, [...] the Governing Body may recommend to the Conference such action as it may deem wise and expedient to secure compliance therewith". The action recommended may be the request

⁹ See Valticos, *op. cit.*, *supra* note 3, p. 848.

of an advisory opinion from the ICJ. It should be recalled that, according to Article IX, paragraph 3, of the 1945 Agreement between the United Nations and the International Labour Organization, the Governing Body is entitled to request an advisory opinion from the ICJ “acting in pursuance of an authorisation by the Conference”.

On the basis of Article 33 of the Constitution, the Governing Body may recommend to the Conference “such action as it may deem wise and expedient to secure compliance” with the recommendations “contained in the report of the Commission of Inquiry, or in the decision of the International Court of Justice, as the case may be”.

The Governing Body may therefore suggest to the Conference that it might directly seek an advisory opinion from the ICJ, or authorize it to do so before or after the decision of the ICJ. Anyhow, it is clear that under Article 33, the Governing Body is also authorized to recommend a variety of other actions to the Conference, and not only a request for an advisory opinion.

Although individuals are not mentioned in Article 33, there should be no obstacle preventing an individual who has filed the initial complaint to suggest appropriate action to the Conference in order to secure the compliance of States with the recommendations of the Commission of Inquiry or the decision of the ICJ. Such individual could therefore also suggest that an advisory opinion be requested from the Court.

Finally, in Article 34, the Constitution provides for the establishment of a different Commission of Inquiry, the tasks of which should be closer to the traditional duties of inquiry commissions. A Commission of Inquiry appointed under this Article, only has the duty of verifying the contention of the defaulting government “that it has taken the steps necessary to comply with the recommendations of the Commission of Inquiry or with those in the decision of the International Court of Justice, as the case may be”.

Nevertheless, the rule that all the provisions of Articles 27, 28, 29, 31 and 32 shall apply to such a Commission offers the possibility of a variety of actions in addition to mere “fact finding”.

PART 2
FREEDOM OF ASSOCIATION



Une page d'histoire de l'OIT: la Pologne

*Francis Blanchard**

Nicolas Valticos a été de tous les combats menés par l'Organisation et le Bureau au Chili, en Argentine, en Espagne, en Grèce – son pays – en Ethiopie et sur beaucoup d'autres terrains pour la défense des libertés et en particulier de la liberté syndicale inscrite dans la convention n° 87, véritable pierre angulaire de l'OIT.

Mais c'est dans la Pologne communiste de la décennie 1980 que Nicolas Valticos a permis à l'Organisation et au Bureau d'écrire une page d'Histoire, dont ceux qui l'ont vécue peuvent tirer une légitime fierté. Dans les souvenirs qu'il a laissés à l'intention de ses enfants, petits-enfants et de ses proches, il ne cachait pas que la Pologne «a été le pays avec lequel les liens formés ont été les plus attachants [...] et les plus douloureux». C'est à le suivre dans le parcours qu'il a fait en Pologne que ces lignes sont consacrées.

Encouragée par Roosevelt et les Occidentaux à la fin de la dernière guerre, l'Union Soviétique n'avait repris sa place à l'OIT qu'en 1954. Elle y retrouvait la Pologne, membre fondateur de l'OIT. Une Pologne que la vague marxiste avait submergée comme elle avait submergé les pays de l'Est membres du Komintern.

Le retour de l'URSS posait de sérieux défis à l'OIT et en particulier aux groupes patronal et ouvrier. En effet, la Pologne avait ratifié, dès 1949, la convention n° 87 sur la liberté d'association, mais le moins qu'on puisse dire c'est que le gouvernement polonais en faisait une lecture très libre. Invité une première fois en 1961 à un colloque sur ce thème, Nicolas Valticos revint meurtri de l'expérience. Malgré les réserves que lui inspirait le format du colloque, il se fit un devoir de prendre part aux trois groupes de travail mis sur pied, chargé le premier de la liberté syndicale dans le système socialiste, le second dans le système capitaliste et le troisième dans les pays du Tiers-Monde!

* Ancien Directeur général du Bureau international du Travail, 1974-1989.

Le Comité de la liberté syndicale était saisi de plaintes pour violations de la convention n° 87 à l'initiative de la Confédération internationale des syndicats libres (CISL) et de la Confédération mondiale du travail (CMT). Il est notable cependant que pendant des années, les Occidentaux, sans fermer les yeux sur les pratiques des pays socialistes en matière de liberté syndicale et négociation collective, n'ont jamais tiré parti des dispositions de la Constitution et en particulier de l'article 26 ouvrant la voie à des procédures de plaintes ou d'enquête. Le gouvernement polonais restait sourd aux appels renouvelés du Comité de la liberté syndicale et du Conseil d'administration pour obtenir des informations sur la loi et la pratique en Pologne et pour amender la loi de 1949 pour la rendre compatible avec les dispositions de la convention n° 87.

Pour donner suite aux recommandations du Comité de la liberté syndicale, je confiai à Nicolas Valticos, avec l'accord du gouvernement, la mission de se rendre en Pologne pour faire le point de la situation et fournir au gouvernement l'aide technique et les conseils appropriés portant sur la révision en cours de la loi de 1949. Effectuée en mai 1980, cette mission tourna court devant le refus des autorités polonaises de permettre à Nicolas Valticos de rencontrer les syndicalistes détenus ou frappés de mesures d'exception.

Devant l'aggravation de la situation, marquée par des grèves dans plusieurs centres industriels et dans les chantiers navals de Gdansk, je demandai à Nicolas Valticos, avec l'accord à nouveau du gouvernement, d'entreprendre à l'automne une nouvelle visite qui se justifiait d'autant plus que la loi de 1949 ayant volé en éclats, la Diète était chargée de mettre au point un projet répondant au besoin de réformes réclamées de tous côtés et en particulier par de nouvelles structures sortant de l'ombre comme le faisait Solidarnosc. Nicolas Valticos, me faisant rapport de ce voyage, se disait grisé par le vent du changement. Sur ses conseils, le Vice-ministre Obodowski vint longuement m'entretenir en sa présence en novembre 1980 des efforts entrepris par le gouvernement pour faire face à la crise économique que traversait son pays mais aussi des travaux en cours pour fixer de nouvelles règles en matière de liberté syndicale et de négociation collective. Le Ministre fit grand cas, au cours de cet entretien, de l'enregistrement de Solidarnosc par la Cour suprême de Pologne le 10 novembre 1980. Cette information ajoutait à l'optimisme prudent mais chargé d'espoir de Nicolas.

J'étais pour ma part méfiant. La Conférence de 1981 se profilait dans un contexte international difficile. La guerre froide battait son plein. Les échos en étaient multipliés au sein de l'OIT aux prises avec d'autres situations conflictuelles et en particulier la crise ouverte entre Israël et l'OLP. Pressentant les turbulences qui étaient d'autant plus à craindre de la session que le Pape Jean-Paul II avait accepté d'honorer la Conférence de sa présence, je proposai au gouvernement de me rendre à Varsovie pour des entretiens portant sur l'ordre du jour de la Conférence et sur la question qui, à mes yeux, était la plus brûlante, celle de la composition de la délégation appelée à se rendre à Genève pour participer à

la session. Ces entretiens eurent lieu du 10 au 14 mai. J'étais accompagné par Nicolas en sa qualité de Sous-directeur chargé du département des normes particulièrement sollicité et par Bernard Gernigon, responsable de la liberté syndicale. Aux yeux de Nicolas Valticos, il semblait acquis que Walesa serait désigné en tant que délégué travailleur titulaire. Je ne partageais pas cet optimisme en particulier lors du dernier et rude entretien avec les Ministres responsables auxquels je m'efforçai de faire comprendre que le gouvernement aurait moins à regretter de faire de Walesa le délégué titulaire qu'à lui refuser de l'inclure dans la délégation polonaise à la Conférence internationale du Travail.

Rentrant à l'hôtel après ce dernier entretien, nous sommes informés de la nouvelle de l'agression dont le Saint-Père venait d'être victime dans l'après-midi du 13 mai. Dans ses mémoires, Nicolas Valticos ne mentionne pas cet événement d'une portée cependant considérable dans le contexte international du moment. J'en étais d'autant plus atteint que j'avais dû répondre à de multiples questions sur la venue annoncée du Pape Jean-Paul II à Genève et expliquer qu'elle s'inscrivait dans une pratique constante de la Conférence consistant à recevoir chaque année des souverains, des chefs d'Etat ou de très hautes personnalités. Je rappelai la visite effectuée par Paul VI en 1969.

Je fus soulagé en recevant la liste de la délégation polonaise dans laquelle Walesa figurait. Je fus heureux, Nicolas à mes côtés, de recevoir la délégation polonaise au siège du BIT. La presse en foule et la télévision étaient présentes. Lech Walesa connut un triomphe dans la salle comble du Palais des Nations où se tenait la Conférence. L'Organisation et le Bureau venaient de franchir un pas qui leur valut des appréciations flatteuses dans les médias mobilisées par la «question polonaise» qui allait solliciter l'attention pratiquement chaque jour tout au long de la décennie 80.

Un mois plus tard, le 31 juillet 1981, Nicolas Valticos prenait sa retraite au terme de plus de trente années de services exceptionnels et recevait un hommage aussi éclatant que mérité lors d'une cérémonie qui n'était pas d'adieu mais d'au revoir comme la suite le montrera. Je lui proposai de garder un bureau ce dont il me fut reconnaissant et il put disposer par ailleurs des services d'une secrétaire dans le bâtiment où il avait pendant des années donné la mesure de ses immenses talents de juriste et de diplomate. Il se rendait quotidiennement dans son nouveau bureau avec un plaisir constant pour autant que les activités prestigieuses dans lesquelles une seconde carrière en quelque sorte l'entraînait, lui en donnait la possibilité. Il ne pressentait pas qu'il allait reprendre rapidement du service à nos côtés.

Contrairement aux espoirs que la session de la Conférence de juin 1981 avaient fait naître, la situation s'aggravait de manière dramatique à la suite de la décision prise par le Général Jaruzelski de décréter le 13 décembre 1981 «l'état de guerre» dans son propre pays. Des centaines de syndicalistes, dont Lech Walesa et la plupart de ses compagnons sont arrêtés et internés. L'émotion est

grande dans le monde et en particulier à Genève. L'OIT devient le lieu d'une bataille idéologique intense. Elle se livre au Comité de la liberté syndicale. Le Conseil d'administration le suit dans ses recommandations en direction du gouvernement pour que d'une part il libère les syndicalistes injustement détenus pour leurs activités syndicales et d'autre part pour qu'il se hâte de mettre au point des dispositions législatives conformes aux conventions n^{os} 87 et 98.

Au cours de multiples entretiens avec l'Ambassadeur de Pologne, accrédité auprès de l'ONU et des institutions spécialisées, j'avais demandé et obtenu du gouvernement que Nicolas Valticos se rende en Pologne pour aider les experts et la Diète à arrêter les dispositions d'une nouvelle loi syndicale mais aussi pour qu'il puisse rencontrer Lech Walesa qui, quelques mois plus tôt, avait formulé à la tribune de la Conférence les revendications de millions de travailleurs membres de Solidarnosc. Lors de cette visite, effectuée du 10 au 16 mai 1982, Nicolas Valticos, accompagné de Bernard Gernigon, eut des entretiens avec les Ministres responsables de ce lourd dossier: les Vice Premiers-Ministres Rakowski et Obodowski, Rajkiaszc (travail), Ciosek (syndicats), Wiejacz (affaires étrangères), Zawarski (justice), le plus virulent dans les accusations formulées contre Solidarnosc pour ses activités anti-nationales.

A toutes ses tentatives pour rencontrer Lech Walesa, Nicolas Valticos se heurte à des prétextes divers liés à l'état de siège. Au cours d'un dernier entretien la veille du départ de la Mission, le Vice Premier-Ministre Obodowski, qui avait paru à Genève disposé à nous entendre, lui signifie le refus du gouvernement de lui permettre de rencontrer le Président de Solidarnosc.

Dans ses mémoires Nicolas Valticos raconte qu'après avoir offert au Ministre une boîte de chocolat pour son épouse qu'il avait rencontrée lors d'une visite précédente, il prend congé et se lève à la stupeur des fonctionnaires présents à l'entretien. A son compagnon de voyage qui, sur le chemin du retour à l'hôtel, s'interroge et l'interroge: «que va-t-il se passer?» Nicolas fait appel pour expliquer sa manœuvre à une pièce universellement connue sous le nom de: «Marius» chef-d'œuvre de Pagnol. La scène se passe à Marseille dans un café. Marius se dispute avec un de ses compères, Olive, le ton monte. Marius menace. Il s'avance et dit tout haut: «je vais le tuer». Chacun se tait. Marius s'arrête et dit: «Alors, on ne me retient pas dans ce café?»

Nicolas Valticos explique qu'il ne tient pas pour définitif le refus du gouvernement. Il est entendu: un fonctionnaire émissaire du pouvoir lui fait savoir que des dispositions sont prises pour lui permettre de s'entretenir avec Lech Walesa. Il prend place le même jour «dans un grand hélicoptère» qui en une heure le conduit au lieu de «vacances» où Lech Walesa est détenu. A son retour d'une mission qu'il juge avec raison historique, il m'en fait le récit. A ma première question: «Comment avez-vous trouvé Lech Walesa?» il répond: «Il a grossi». Le rapport que rédige Nicolas Valticos de sa mission, que je soumetts au Comité de la liberté syndicale, présidé par son ami et complice l'illustre juriste

et Professeur Roberto Ago, délégué de l'Italie au Conseil d'administration, constitue une étape importante dans le bras de fer entre le gouvernement polonais et l'OIT.

Je ne tiens pas rigueur à Nicolas, légitimement fier et heureux du succès de sa mission, qui omet dans ses mémoires de signaler que cette mission s'inscrivait dans les longues négociations que je menais – parfois en sa présence alors qu'il était à la retraite – avec les représentants du gouvernement polonais et en particulier l'Ambassadeur Turbanski, rude adversaire.

Lech Walesa est libéré à la fin de l'année 1982 et placé en résidence surveillée dans sa propre ville. L'état de siège est levé le 31 décembre 1982 mais la tension demeure entre le gouvernement polonais et l'OIT. La Conférence de juin 1982 donne lieu à de vifs affrontements entre l'Est et l'Ouest. Marc Blondel, délégué travailleur, et l'une de ses collègues norvégiennes, déposent une plainte contre la Pologne au titre de l'article 26 de la Constitution pour non-observation des conventions n^{os} 87 et 98. Devant le refus du gouvernement d'entrer véritablement en matière, le Conseil d'administration décide de renvoyer l'ensemble de «l'affaire polonaise» à une commission d'enquête. Ses trois membres sont nommés: Andrés Aguilar, ancien Président de la Conférence internationale du travail vénézuélien, Jean-François Aubert, suisse, professeur de droit, et Nicolas Valticos qui en prend la présidence.

Le gouvernement polonais ignore la commission d'enquête. Il lui refuse l'accès de son territoire. Installée à Genève, la commission tient un grand nombre de réunions, entend beaucoup de témoins et établit un rapport de 150 pages dont chaque page a été revue par Nicolas Valticos et dont les recommandations sont de sa main. Le Conseil d'administration prend à son compte ce Rapport et le note. Tirant prétexte de cette décision, le gouvernement polonais m'adressait un préavis de départ le 17 novembre 1984. Avec ce préavis s'ouvrit une période marquée par un va et vient incessant entre Varsovie et Genève. A Genève il n'était pratiquement pas de jour où je n'avais à traiter la «question polonaise» pour répondre à des interrogations et pressions contradictoires venant de l'Est et de l'Ouest, le Tiers-Monde observant sans état d'âme le combat dont l'enjeu était la liberté. J'ai pu compter au cours de ces années sur une équipe reconstituée après le départ à la retraite de son chef charismatique, équipe riche de talents et portée par le même esprit de service.

Dans les échanges acrimonieux tant à la Conférence qu'au Conseil et au Comité de la liberté syndicale on s'accordait cependant sur l'espoir que la crise serait dénouée dans des conditions qui permettraient à la Pologne de poursuivre sa marche au sein de l'OIT. J'étais décidé à tout faire pour que la Pologne demeure et qu'elle s'engage dans un processus démocratique conforme à son histoire et aux valeurs que les polonais n'avaient jamais désertées sous le joug communiste. Avec l'accord du gouvernement, je me rendis, accompagné de Bernard Gernigon, à Varsovie en mai 1987. Dès notre arrivée je fis part

au Ministre venu m'accueillir de notre désir de nous rendre à Gdansk pour y rencontrer Lech Walesa. Le gouvernement tenta de faire obstacle à ce projet. Le programme qui m'était proposé comportait une après-midi et une soirée consacrée à Frédéric Chopin. J'invoquai ma bonne connaissance de l'illustre compositeur polonais pour décliner l'invitation et utiliser le temps ainsi libéré pour me rendre à Gdansk. Le Ministre me fit observer qu'il ne pouvait acquiescer à une visite privée. J'en pris acte. Accompagné de Bernard Gernigon je rencontrai le jour même Lech Walesa qui avait été informé de notre intention de tout faire pour le rencontrer à la fois par les responsables de la CISL et de la CMT, Johnny Vanderveken et Ian Kulakowski et par Geremek. Nous avons été accueillis à l'aéroport de Gdansk par le Père Jankowski, chapelain de la chapelle Sainte-Brigitte, paroisse de Walesa.

A l'issue d'un long entretien et d'un dîner fort convenable, le Président de Solidarnosc me dit être d'accord pour se rendre à la table de négociation sans conditions avec tous les syndicats y compris l'OPZZ, syndicat «officiel» lié au parti ouvrier à condition que l'OPZZ s'engage à reconnaître le pluralisme syndical fondé sur la convention n° 87.

Prenant congé de Bernard Gernigon et de moi à l'aéroport le 14 mai 1987, le Ministre du travail, avec lequel j'avais eu une longue conversation à notre retour de Gdansk pour lui faire part de ma conviction que les conditions étaient réunies pour une négociation avec les responsables syndicaux tant de Solidarnosc que de l'OPZZ, me demanda en me serrant la main «comment était Gdansk?»

La session de la Conférence de juin 1987 se passa sans dommage, renforçant l'espoir que le gouvernement polonais consentait à revoir sa copie. Le 16 novembre, soit la veille de la date d'expiration du préavis de départ, l'Ambassadeur de Pologne à Genève me remettait une lettre m'informant de la décision du gouvernement de retirer son préavis de départ. Les événements allaient se précipiter qui conduisirent au printemps 1989 à la fameuse table ronde en présence et avec la participation de Lech Walesa qui fixa les conditions et le calendrier du retour de la Pologne à la règle démocratique. Un an plus tard, Lech Walesa était élu Président de la République de Pologne.

Ainsi s'achevait «l'affaire polonaise» qui avait tant sollicité notre ami disparu. L'attachement y compris personnel qu'il avait pour la Pologne ne l'a jamais détourné d'agir «en tout honneur et dévouement, en pleine et parfaite impartialité et en toute conscience» suivant la formule qu'en tant que membre et président il a prononcé lors de l'installation de la Commission d'enquête.

Democracy, freedom of association and the ILO

*Karen Curtis**

I. Introduction

The story goes that the large, imposing man with an amiable, inviting face behind a long dark beard peered at them over the round eyeglasses that had gradually slipped to the end of his nose, his mouth agape in surprise. “What! But it’s not possible! You don’t need a union structure here. Surely the representatives I invited the staff to elect will suffice to protect your interests.” The man was Albert Thomas; the year, 1920; the event, the creation of the ILO staff union, which despite his protestations was indeed constituted that year. But if such a reaction could spout from the mouth of the first Director of the International Labour Office with the most natural aplomb, then it is hardly surprising that, in the dawn of the 21st century, acceptance of and commitment to the fundamental nature of the right of workers to organize freely in the defence of their occupational interests has yet to be fully realized.

In order for true headway to be made towards the complete realization of the right of all workers and employers to form and join organizations of their own choosing to represent their respective interests, there must first be universal acceptance not only that democracy is the political model by which societies should be governed, but also that, without freedom of association in all walks of life, democracy is merely an illusion. Freedom of association for the partners in economic activity who jointly provide for society’s needs and make the economy run is no exception to this rule. And if a democratic society is the respected goal, all good intentions, just as those of the bearded man so many years ago, to provide workers with good wages and working conditions must not amount to a usurping of the workers’ right to express their own voice, and have the means to effectively do so.

* Freedom of Association Branch, International Labour Standards Department.

The ILO has had a special place in observing and reinforcing the role that freedom of association plays in the construction and development of democracies. Important instruments and mechanisms were shaped just after the Second World War by the multi-cultural and tripartite International Labour Conference that have placed freedom of association in the forefront of the rights synonymous with social justice and essential to the goal of universal and lasting peace. The adoption of the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention No. 87 and the Right to Organise and Collective Bargaining Convention No. 98, in 1948 and 1949 respectively, gave meaning to the reference in the 1944 Declaration of Philadelphia to representatives of workers, employers and governments joining in free discussion and democratic decision with a view to the promotion of the common welfare. The inclusion of these core rights into the International Labour Code guaranteed a protected place for organizational rights, which would become for many the backbone of the Organization's work if not its very existence.

The primacy of these rights was subsequently reinforced by the creation of a special complaints procedure for the examination of alleged violations of trade union rights whether or not a State had ratified the relevant conventions. This procedure first gave rise to the setting up of a Fact-Finding and Conciliation Commission on Freedom of Association and shortly thereafter, to the creation in 1951 of the ILO Governing Body Committee on Freedom of Association. This latter body has held 161 meetings to examine complaints of freedom of association violations in 2,363 cases to date; ample experience from which to glean the role of freedom of association in the promotion of democracy and the impact that the ILO has had in supporting and accelerating its expansion. The albeit limited uses of article 26 of the ILO Constitution to establish Commissions of Inquiry to examine the non-observance of freedom of association Conventions in circumstances of heightened tensions have also provided valuable information in this respect.

The current Director-General of the ILO, when presenting this year's Global Report, *Organizing for social justice* stated: "Over the past four years, it has become increasingly apparent that, to promote freedom of association as a human right at work, we need to understand its intimate connection with the enlargement of democracy, the efficiency of market-oriented development and social justice".¹ This article based on information emanating from the various ILO supervisory bodies aims at identifying some illustrative elements to assist in the appreciation of the connection between freedom of association as a human right at work and the enlargement of democracy.

¹ See International Labour Conference, 92nd Session, 2004, *Record of Proceedings*, p. 14/2.

II. Looking back at workers' organizations and their struggle for freedom of association and democracy

Freedom of association and democracy share the same roots: liberty, independence, pluralism, and a voice in decision-making. These fundamental freedoms cannot be suppressed in one sphere and flourish in another. If there is no democracy at the political level, there will be no right for workers and employers to join freely the organization of their own choosing and exercise their legitimate activities. If freedom of association is not recognized as a human right at work, the very foundations of a democratic political system will necessarily be shaken.

Over more than half a century, the ILO supervisory bodies have examined numerous cases where freely chosen, independent workers' organizations became dynamic agents for change in the political, social and economic life of countries where the bedrock of democracy, and often the accompanying civil liberties, had not been ensured. Because of the important role they can play in this regard when other forms of organization may be more easily squelched, workers' organizations have also often become the specific targets of repression under authoritarian regimes and military dictatorships, which rarely include change on their agenda.

Indeed, no one would hesitate to say that freedom of association is by definition contrary to the model of single-party rule and totalitarianism. So, in countries where representative political parties cannot develop, it has often been observed that workers' organizations have become the channel for expressing public discontent and the sole organized form of representation, whether lawful or not. While a democratic system is a necessary prerequisite for the full respect of trade union rights, trade unions may nevertheless take their liberties in hand, demand respect for basic rights and become catalysts for an overall political transformation to democracy. Some examples of such action on the part of workers' organizations, their use of the ILO mechanisms to support their claims and the resulting impact not only in the world of work but also in the overall functioning of society are set out below.

1. Poland: democracy comes to Eastern Europe

Probably one of the most memorable moments in history was the toppling of communism that began in Poland when the suppression of an independent trade union movement became the subject of unremitting criticism on the part of the international community. When the remaining resistance to a democratic, independent and pluralistic trade union movement finally yielded to acceptance by those in power of the workers' representative voice, the force of this act made way for democracy on a larger scale than could be imagined.

The first window on democracy began with the nascent trade union movements in Gdansk, Szczecin and Silesia leading to the signing in 1980 of the Gdansk agreements. These agreements, which were based on the ILO freedom of association conventions, included the right to found free trade unions, independent of the Party in power and ensured freedom of expression in public and professional life and freedom of publication. Acknowledging that the activity of trade unions in Poland had not until then met the hopes and aspirations of the workers, the Government had undertaken to introduce trade union pluralism in the legislation and to create conditions in which the new trade unions could be registered outside the hitherto solely recognized trade union central with full guarantees of independence and self-management. The Government also undertook to ensure that these new unions would have a real opportunity to participate in key decisions affecting the living conditions of the workers in respect of, among others, the principles of the distribution of national income between consumption and investment, the determination of wages policy and the long-term economic plan.²

On the workers' side, the budding unions stated that they would defend the social and material interests of the workers and had no intention of assuming the role of a political party. The registration of Solidarity, the first union recognized outside of the central union structure, was confirmed in November 1980 and Lech Walesa addressed the International Labour Conference in June 1981 for the first time as the Polish Workers' delegate. Solidarity adopted a programme of action in October 1981 that demonstrated its far-reaching vision of the changes needed to grapple with the rapidly deteriorating economic situation. In particular, it called for reforms in public life to lead to self-management, democracy and the possibility of holding different social, political and cultural views at all levels of society and in every level of decision-making. This call for pluralism was aimed both at political life and at the trade union movement.³

Two months later, in December 1981, martial law was declared and, with it, union activities were suspended and by 1982 their structures totally liquidated. The Government justified its actions stating that they were necessary to prevent a civil war and counteract signs of anarchy and economic chaos endangering the fundamental interests of the Polish nation and State. While ironically the Government stated that the sole purpose of this measure was to guarantee the far-reaching democratization of the social and political life of the country, the

² See "Report of the Commission of Inquiry to examine the observance by Poland of the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention No. 87, 1948, and the Right to Organise and Collective Bargaining Convention, No. 98, 1949", *Official Bulletin*, vol. 67, 1984, Special Supplement, paras. 178-181.

³ *Ibid.*, paras. 188-197.

fear of the threat posed by the newly created unions to the established political system in Poland was obvious to many.⁴

The unions thus fought for their rights and demanded recognition of the basic freedoms indispensable to the exercise of legitimate trade union activity, using ILO mechanisms to assist in bringing attention, support and international pressure to their cause. Their claims at a more circumscribed level ultimately reflected the voice of the people for restoration of their civil liberties and political pluralism.

The far-reaching effects of this struggle at the national level, coupled with extensive international action through a number of high-level ILO missions led by the Director-General and a comprehensive review of the situation by the Commission of Inquiry established in 1983, could be seen not only in Polish political life, but also in the reverberating echo heard throughout Central and Eastern Europe. The Polish Government representative recognized the broad and significant impact of the trade union movement on the political sphere when, in 1988, at the ILO Conference, he stated:

The problem of trade union unity or pluralism at the enterprise level which, in the light of Polish legislation, remains open in the longer perspective is connected with the general social, political and economic situation of Poland and directions of its future evolution. It also is one of the elements of the broad sphere of political pluralism in the public life of the country. Future solutions in this regard will be undoubtedly dependent upon more general ones in the field of policy which are at present being prepared in Poland and which cover the considerable broadening of the so called «dialogue with the political opposition» [...] in connection with the initial stage of these political activities it is difficult to forecast their final direction and scope; it is only known that they are being carried out in an unprecedented scale for Poland and with the bold will of achieving completely new qualities in its political system.⁵

One year later, amendments were made to the Polish legislation ensuring the possibility of trade union pluralism. The beginning of the 1990s would witness similar steps taken by the Baltic States and the State participants in the newly created Commonwealth of Independent States (CIS) following the break-up of the Soviet Union. For the 75th anniversary of the International Labour Organization, Lech Walesa, having by then moved from the ranks of the lead defender of Polish workers to the Presidency of the Republic of Poland, had this to say about the role of the ILO in the former communist countries:

⁴ *Ibid.*, paras. 200-205.

⁵ See International Labour Conference, 75th Session, 1988, *Record of Proceedings*, p. 28/40.

The ILO's report in 1984 on the violation of trade union rights in the People's Republic of Poland helped to expose and unmask the true face of the communist regime, under which human rights were only an empty slogan, a catchphrase devoid of content. In our struggle for development, freedom and justice, the International Labour Organization has been our indefatigable ally.⁶

2. *South Africa: democracy and equality hand in hand*

When we think of democracy we think of an egalitarian and tolerant form of society. In its report on the complaint brought in 1988 against the Government of South Africa, the ILO Fact-Finding and Conciliation Commission on Freedom of Association noted that "in the land of apartheid, many liberties, counted as normal in a democratic society, were diminished or lost altogether".⁷ The basic freedoms of association and collective bargaining lost under the apartheid regime are nothing other than the vital attributes of a free society.

Despite the formidable state machinery for maintaining the apartheid system and suppressing opposition, and particularly movements representing Blacks, a number of organizations and institutions became the focus of resistance. The development of a non-racial trade union movement and the increasing extent to which it had been composed of Black workers were noteworthy aspects of the social developments in the country. In default of other outlets to direct attention on urgent matters of social and economic concern, it was inevitable that the trade union movement would fill the institutional void. During the reign of apartheid, the union movement played a vital function in preserving the hope of freedom and of basic rights.⁸

The South African trade union movement's continuing focus on these rights, as well as its recourse to the procedures of the International Labour Organization – which despite the fact that South Africa was not a member of the Organization, enabled an unencumbered investigation of the situation and amplified the international attention brought to it – largely contributed to the gradual change of public opinion that led to the Convention for a Democratic South Africa in December 1991 and ultimately to the election of Nelson Mandela in 1994. Led by the Government of Nelson Mandela, South Africa took possession of its seat in the international community as a staunch advocate for

⁶ See Lech Walesa, "The role of the ILO in the former communist countries" in *Visions of the future of social justice – Essays on the occasion of the ILO's 75th Anniversary*, ILO, 1994, p. 307.

⁷ See "Prelude to change: Industrial relations reform in South Africa. Report of the Fact-finding and Conciliation Commission on Freedom of Association concerning the Republic of South Africa", *Official Bulletin*, vol. 75, 1992, Series B, p. 2.

⁸ *Ibid.*, pp. 40-41.

social justice and rejoined the International Labour Organization as a truly democratic State. The South African Minister of Labour, at the first International Labour Conference attended by a full-fledged delegation for over thirty years, expressed his country's recognition for the multitude of efforts made by the ILO in its combat against apartheid: "on behalf of our President, Nelson Mandela, and the Government of national unity and the people of South Africa, I express our collective gratitude to the ILO for the selfless commitment which has been shown over the years by the focusing of the energies and resources of this Organization on overcoming the evil system of apartheid".⁹

In addressing the challenges presented by an increasingly globalized economy, he urged that greater attention should be focused on the elaboration of core standards, like those embodied in Conventions Nos. 87 and 98, which are so fundamental and universal that they should apply to all States regardless of their level of development. While one should adapt to the ever-changing world, that adaptation must never result in the gutting of international standards. Within this expression of full commitment on the part of the new Government, he undertook to push forward the rapid ratification of these two fundamental Conventions, along with those on discrimination and forced labour, and pledged his Government's compliance with the recommendations of the Fact-Finding and Conciliation Commission.¹⁰ Both of these promises were kept.

III. The continuing struggle for a voice

In the light of this historical picture demonstrating that freedom of association cannot thrive in a non-democratic, non-egalitarian state, the present-day snapshot of countries where this fundamental freedom is violated is, regrettably, neither surprising nor limited to a rare few.

1. *Voices in exile*

Under the military rule of Sudan, the basic freedoms are so entirely absent that trade unions cannot even exist illegally and are thus deprived of the most minimal right to carry out their struggle within their own country. After the military coup of 1989, special measures had been taken which had extremely

⁹ See International Labour Conference, 81st Session, 1994, *Record of Proceedings*, p. 9/7.

¹⁰ *Ibid.*, p. 9/8.

serious repercussions on the exercise of trade union rights and civil liberties, including the dissolution of all trade union organizations in the country, the imprisonment of trade union leaders and members without charge and without trial, and the confiscation of union assets and property by the military. Some work stoppages were even rendered punishable by death.¹¹

While the 1992 Trade Union Act repealed the military decrees, it nevertheless imposed a state-controlled trade union monopoly and seriously infringed the basic principles of freedom of association.¹² In 1994, the application in Sudan of the Right to Organise and Collective Bargaining Convention No. 98, ratified in 1957, was discussed in the International Labour Conference Committee on the Application of Conventions and Recommendations (hereinafter, the Standards Committee). In its conclusions, the Standards Committee reiterated the importance it attached to the interdependence that existed between civil rights and freedom of association and underlined that the guarantees stipulated in the Convention could not be effective unless they were truly recognized and protected as part of civil and political freedoms.¹³

Regrettably, the ILO continues to receive grave allegations of deaths, torture and imprisonment of trade unionists in Sudan. This situation has forced any independent trade union movement underground, while the Sudan Workers' (Legitimate) Trade Union Federation has no choice but to operate in exile. Exiled voices continue to defend the cause by relaying information abroad and, with continued recourse to the ILO Committee on Freedom of Association, alerting the international community to the plight of these workers. While, in reply to follow-up examination of a complaint brought against Sudan in 1995, the Government referred to a new Trade Union Act adopted in 2001, the Committee on Freedom of Association could not comment on any progress eventually made in protecting freedom of association given that this new legislative text had not yet been communicated to any of the ILO supervisory bodies.¹⁴

Military rule in Myanmar also gave rise to trade unions working in exile. Initially, the Government of Burma (as it was then called) had been repeatedly criticized by the ILO supervisory bodies for non-compliance with the Freedom of Association Convention No. 87 that it ratified back in 1955, largely due to a 1964 law that imposed a trade union monopoly. New hope sprung forth in 1988 when the will of the people expressed their desire to abandon the socialist, single-party system and advance towards democratic elections within a multi-party context that would also pave the way to trade union pluralism. According to the Government representative speaking before the Conference Standards

¹¹ See 270th Report of the Freedom of Association Committee, Case No. 1508, paras. 369-412.

¹² See 306th Report of the Freedom of Association Committee, Case No. 1843, paras. 601-618.

¹³ See International Labour Conference, 81st Session, 1994, *Record of Proceedings*, p. 25/104.

¹⁴ See 328th Report of the Freedom of Association Committee, Case No. 1843, paras. 77-78.

Committee, the concomitant changes, reforms and restructuring were in full swing in all sectors of life in the country namely, political, economic and social spheres. The prospective scenario of labour organizations and movements in Burma could be no other than one that was in tune or harmony with the multi-party democratic system and hence in conformity with Convention No. 87.¹⁵

Martial law unfortunately rapidly followed and, Myanmar, as it then became known, regularly referred to the priority of drafting a new Constitution that would be the basis for a multi-party democratic system and would incorporate the rights of all workers to form their own independent trade unions in conformity with such a system.¹⁶ While noting the Government's statement that with the abolition of the one-party political system, the unitary workers' organization no longer existed and the Act and Regulations organising the single trade union system had automatically become obsolete, the ILO supervisory bodies could only observe that a system of trade union monopoly had apparently been transformed into a system in which there were no trade unions at all and where there was a total absence of guarantees for trade union freedoms.¹⁷

In the mid-1990s, the Government continued to stress its firm commitment to freedom of association principles, a multi-party democratic system, a free-market economy and a modern and developed State in which all segments of society would enjoy justice and human rights.¹⁸ Yet more information was brought to light concerning trade union leaders who were forced into exile following military rule and who ultimately established the Federation of Trade Unions of Burma (FTUB), banned inside the country as a terrorist organization. Leaders who remained behind were arrested and received long prison sentences.¹⁹

In the absence of any progress in the application of Convention No. 87, the Conference Standards Committee continued to discuss this case year after year and placed its conclusions in a special paragraph for continued failure to implement the provisions of the Convention.²⁰ In its most recent examination, the Standards Committee noted with great concern the information provided about a number of individuals who had been convicted of high treason for maintaining contacts with the ILO or for having been affiliated to the FTUB. It underlined that respect for civil liberties was essential for the exercise of freedom of association and urged the Government to take the necessary measures so that workers and employers could exercise the rights guaranteed by the Convention in

¹⁵ See International Labour Conference, 76th Session, 1989, *Record of Proceedings*, p. 26/33.

¹⁶ See International Labour Conference, 79th Session, 1992, *Record of Proceedings*, p. 27/60.

¹⁷ See Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 79th Session, 1992, *Report III (Part 4A)*, p. 223.

¹⁸ See International Labour Conference, 83rd Session, 1996, *Record of Proceedings*, p. 14/73.

¹⁹ See 333rd Report of the Freedom of Association Committee, Case No. 2268, paras. 729-769.

²⁰ See the 1996, 1997, 1998, 1999, 2001, 2003 and 2004 discussions at the Conference Standards Committee on the application of Convention No. 87 by Myanmar.

a climate of complete freedom and security, free from violence and threats.²¹ It is crucial that, regardless of the progress made in elaborating the long talked about Constitution, the respect referred to by the Standards Committee is understood as a prerequisite for any advances that are to be made towards the Government's oft-repeated pledge to create appropriate conditions for a multi-party democratic system and the basic principles of freedom of association.

2. *Trade union rights and civil liberties*

Since the mid-1990s, the Committee on Freedom of Association (CFA) has examined eight cases brought against the Government of Zimbabwe for serious violations of trade union rights, including police assaults on trade union demonstrators, arrests and detention of trade union leaders, government interference in internal trade union affairs, harassment, intimidation and threats. In 2002, the CFA called upon the Government to refrain from interfering in the trade union activities of the Zimbabwe Congress of Trade Unions (ZCTU) and from arresting and detaining trade union leaders and members for reasons connected with their trade union activities.²²

While the Government continued to assert that the demonstrations organized by the ZCTU were motivated by political elements within the Congress, the CFA recalled that trade union activities cannot be restricted solely to occupational matters since government policies and choices are generally bound to have an impact on workers. This was particularly true in the recent series of demonstrations in 2003, which concerned the high cost of living and trade union rights.²³

The violation of trade union rights and civil liberties cannot be justified by concerns that there may be elements within the trade union movement that oppose policy choices made by the Government. Freedom of association by definition means that everyone has the right to think differently, to hope for other policy options, and to make those hopes known in a peaceful and a law-abiding manner. For workers' organizations, this principle is reflected in the right to express concerns over the particular impact such options may have on workers. If the forces of order apply the law in such a way as to unduly restrict this right and effectively obstruct any free and democratic expression, then it is not surprising that those oppressed will protest that freedom of association has lost its meaning.

²¹ See International Labour Conference, 92nd Session, 2004, *Record of Proceedings*, p. 24/35.

²² See 329th Report of the Freedom of Association Committee, Case No. 2184, para. 831 and 332nd Report of the Freedom of Association Committee, Case No. 2238, para. 970.

²³ See 334th Report of the Freedom of Association Committee, Case No. 2313, paras. 1090-1121.

3. *Trade union unity without free choice*

The Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR) has been commenting upon the application of Convention No. 87 in Cuba since its early ratification in 1952. In particular, the CEACR has maintained that the references to the Central Organization of Cuban Workers (CTC) in the Cuban legislation results in a legislatively imposed monopoly in violation of the right of workers freely to form and join organizations of their own choosing. It further considered that a system in which a single party and a single central trade union organization existed and where the statutes of such an organization established the objective of following the policy of the Party was likely to lead to excessive interference in trade union independence and the election of trade union leaders.²⁴ Noting the Government's indications since the mid-1990s that it was reviewing its Labour Code and would keep these comments in mind, the CEACR emphasised the need to guarantee the right of all workers to establish independent occupational organizations in full freedom, at both the first and the central levels, including organizations that are outside any existing trade union structure, if they so wish.²⁵

Despite the Government's repeated assurances that workers could indeed freely join the organization of their own choosing, regardless of the reference in the Labour Code to the CTC, the ILO supervisory bodies were obliged to note at the end of the 1990s that a number of attempts to establish workers' organizations outside the CTC structure were denied recognition by the Government.²⁶ Such was the case for the Union of Cuban Workers (USTC),²⁷ the Confederation of Democratic Workers of Cuba (CTDC)²⁸ and the Single Council of Cuban Workers (CUTC)²⁹. Subsequently, those associated with the CUTC were sentenced for subversion in summary hearings to from 10 to 26 years imprisonment.³⁰

In a context where every single attempt to form an organization outside the unified structure remains unrecognized and, in certain cases, is even punished, it is not surprising that doubts arise as to whether the trade union unity is imposed or chosen. The view that such alternative voices must be quashed to ensure a better protection of workers' rights cannot be supported by the principles of freedom of association.

²⁴ See Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 80th Session, 1993, *Report III (Part 4A)*, p. 188.

²⁵ See Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 82nd Session, 1995, *Report III (Part 4A)*, p. 163.

²⁶ See Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 89th Session, 2001, *Report III (Part 1A)*, p. 253.

²⁷ See 305th Report of the Freedom of Association Committee, Case No. 1628, paras. 26-30.

²⁸ See 308th Report of the Freedom of Association Committee, Case No. 1805, paras. 225-240.

²⁹ See 320th Report of the Freedom of Association Committee, Case No. 1961, paras. 598-625.

³⁰ See 334th Report of the Freedom of Association Committee, Case No. 2258, paras. 408-467.

4. *Freedom of association and democracy: corollaries to a market economy?*

The clustering of independent voices in the defence of workers' interests is becoming ever more common, even in countries where traditionally the link between the prescribed guardians of workers' rights and the single-party in power had generally been accepted by the masses. The legislation in China prevents workers from organizing outside of the All-China Federation of Trade Unions, which itself is strictly controlled by the Chinese Communist Party, with ideological links explicit in the law. In 1989, the CFA was called upon to examine serious violations of freedom of association committed against the Workers' Autonomous Federation (WAF), including the banning of the organization, the death of a number of its leaders following an attack by the armed forces, the sentencing to death and execution of workers, arrests, etc. While the Government maintained that the WAF was illegal and its aim merely to overthrow the socialist system, the CFA recalled that the meaning given to the term "organization" by the ILO covered all organizations of workers or employers created to promote and defend their respective interests. The main thrust of the statutes of the WAF was that the organization should be autonomous, independent and democratic with the purpose of defending workers' interests. Their grievances concerned the lack of workplace democracy, the lack of genuine workers' representation, the poor working conditions and the deterioration of the workers' living standards.³¹

The timing of the WAF's creation and the events in Tiananmen were no coincidence. This independent trade union movement played a significant role in the democracy movement launched in April 1989 by Beijing students. Many of WAF's founders and members literally gave their lives to the democracy movement, others their freedom. Some WAF leaders were killed in the course of the assault on Tiananmen. Of those arrested, some were executed, while others are still in prison today, many of them having been sentenced to re-education through labour.³²

Since then, similar complaints have been made about the repression of any attempt to establish a free and independent trade union movement in China, including extremely serious sanctions for the leaders of organizations such as the WAF, the Free Labour Union of China, the Beijing Workers' Autonomous Federation and the Workers' Forum in Shenzhen. The right of workers to establish organizations of their own choosing implies a genuine possibility of forming organizations independent both of those that already exist and of any political party, in a climate of full security. The CFA strongly condemned the

³¹ See 270th Report of the Freedom of Association Committee, Case No. 1500, para. 322.

³² *Ibid.*, paras. 287-334. See also 275th Report of the Freedom of Association Committee, paras. 323-363 and 279th Report, paras. 586-641.

arrest and detention of the leaders of these groups immediately following their attempts to formally establish workers' organizations as a serious violation of the principles of freedom of association.³³

More recently, the complaints of trade union rights' violations in China have evolved from the total obstruction of any attempt to form workers' organizations independent from the monopolistic structure to the punishment of individuals who have become part of a spontaneous representation of disillusioned workers. A feeling by some workers that there is an increasingly unequal distribution of the wealth brought by globalisation can result in the setting aside of previously accepted self-constraint within the framework of the established order. Examples of this can be seen in the complaint lodged against the Government in 2002, which concerned violent police oppression, arrests and detention in response to mass demonstrations in various provinces in reaction to large-scale retrenchments and unsatisfactory compensation packages. When examining this case, the CFA concluded:

On a more general note, and giving full consideration to the context of transition described by the Government and its determination to achieve simultaneous development in economic and social fields, the Committee considers that it is precisely within this context that the only durable solution to the apparently increasing social conflict experienced in the country is through full respect for the right of workers to establish organizations of their own choosing by ensuring, in particular, the effective possibility of forming, in a climate of full security, organizations independent both of those which exist already and of any political party [...] The Committee strongly believes that the development of free and independent organizations and negotiation with all those involved in social dialogue is indispensable to enable a government to confront its social and economic problems and resolve them in the best interests of the workers and the nation. Indeed, a balanced economic and social development requires the existence of strong and independent organizations which can participate in the process of development.³⁴

³³ See 310th Report of the Freedom of Association Committee, Case No. 1930, para. 366.

³⁴ See 330th Report of the Freedom of Association Committee, Case No. 2189, paras. 465-466.

5. *Incomplete transition*

An unprecedented joint complaint from both the traditional union structure and the more recently formed free trade unions was brought against the Government of Belarus in 2000. The problems concerned, on the one hand, obstacles to registration of the new independent trade unions and impediments to their functioning and, on the other hand, some new attempts of Government intervention and control of the traditionally established trade union structures.³⁵ The transition that began in the early 1990s away from the state-controlled, monopolistic trade union structures, appeared not to have been completed. Government interference is now considered by the complainants to have escalated to a point of overall domination of the trade union movement and little respite for the few remaining independent and autonomous voices. In light of the grave, persistent and all-encompassing nature of the allegations, the ILO Governing Body decided to appoint a Commission of Inquiry to examine the trade union rights situation.

Social partners need guarantees for their independence in order to ensure a balanced representation of interests essential to economic and social development. An independent judiciary is also crucial to ensuring effective protection of this independence. Those independent trade unions in Belarus who have not yet been purged represent an alternative voice for workers who wish to choose their positions, their beliefs and their actions, rather than have ideology imposed upon them from above. The action of these unions in defence of their rights is crucial to recognition of freedom of association on a broader scale. Their resilience in the face of systematic attacks is paramount.

6. *Moves in the Middle East*

Until quite recently, no *bona fide* trade unions were permitted in Bahrain. Workers were represented uniquely by joint consultative committees, supervised by the General Committee of Bahraini Workers, which had for many years been under government control. Attempts for independent trade union action were repressed by means of imprisonment, banishment and the loss of Bahraini nationality. In 2002, the General Committee of Bahraini Workers proceeded to a historical and democratic vote to establish a free trade union in the Gulf. Initially, the Government authorities opposed the vote, but with the persistent determination of the president of the new union to obtain the government's

³⁵ See the 324th, 325th, 326th, 329th, 330th, 331st and 332nd Reports of the Freedom of Association Committee, Case No. 2090.

recognition, international pressure and ILO assistance, the General Federation of Workers Trade Unions of Bahrain was finally recognized and a new law on trade unions was adopted that introduced steps towards freedom of association in a number of economic sectors and lifted the ban on strikes. These changes followed on the heels of certain steps towards political democracy in the country including a vote in 2001 for a National Charter of Action, which provided for the establishment of a bicameral parliament and the full separation of the legislative, judicial and executive branches of the State.

While the new law still restricts the total freedom of association necessary for the full respect of democratic principles, in particular as regards the legislative imposition of a trade union monopoly at the enterprise and national levels, it is an important first step that cannot be ignored and may open the way to further progress in this respect both in Bahrain and in the region.

Following the Islamic revolution in Iran, workers were generally represented by the Workers' House, historically known for housing the strike committees instrumental to the revolution, and workers' councils. A 1985 law regulated the establishment of Islamic Labour Councils, while the 1991 Labour Code set out three types of workers' representation: Islamic Labour Councils or workers' councils, trade unions and elected workers' representatives. The Code was applied in such a way as to permit only one type of representation at any given workplace. Thus, Islamic Labour Councils, which were ever expanding their workplace presence since the law of 1985, were in a situation of quasi *de facto* monopoly.

In 2002, the Government requested ILO technical assistance to review the national labour legislation in terms of its conformity with Conventions Nos. 87 and 98. After two advisory missions, amendments to the Labour Code were drafted with the Government in the spring of 2003 with the aim of ensuring the basic principles of freedom of association, in particular the right of all workers to form and join freely the organization of their own choosing. While workers' councils and workers' representatives would still be allowed to exist in the proposed scheme, the focus was placed on enabling trade union pluralism and designating trade unions as the bodies with primary rights for collective bargaining. Workers' councils would have clearly defined functions that would complement rather than replace the role of trade unions.

The proposed amendments were approved by the Council of Ministers for submission to Parliament, but as yet have not been brought forward for public debate. Some of the draft provisions have thus far not obtained the full backing of the social partners represented within the current context. While change often brings about doubt and uncertainty for one's future place and role within a new system of relations, the aims and objectives of the freedom of association principles and standards are clearly the strengthening of the representative voice of workers in an environment conducive to ensuring freedom of choice in that representation. It can only be hoped that the strong desire on

the part of the Government to bring its legislation into conformity with the freedom of association Conventions so as to be in a position to ratify them will assist in reaching a solution amenable to all concerned parties and in harmony with international principles.

7. Trade unions as the only representative voice of the people

In countries where political parties are banned whereas trade unions are permitted, *bona fide* trade unions are found to be the only outlet for pluralistic thought. The ILO supervisory bodies have been commenting for years on the impact of the Swaziland 1973 Decree on the rights of organizations which, having the force of the country's constitution, bans all political parties and restricts constitutional freedoms. While the current labour relations legislation provides for most basic trade union rights, the Decree imposes substantial restrictions on the right of organizations to hold meetings and demonstrations and is still often used to suppress trade union rights.³⁶

Swaziland is now making key strides to adopt a new Constitution. It is hoped that the occasion will be appropriately seized to introduce full respect for freedom of association and to ensure that the repressive 1973 Decree will effectively be repealed, along with its important restrictions on basic civil liberties.

IV. Triumph at the end of the century

Is there a success story for today's times? With sufficient and constant encouragement and support, Indonesia should be able to anchor its advances in the areas of freedom of association and democracy so as to ensure continued respect for civil liberties and fundamental freedoms. The independent trade union movement in Indonesia suffered numerous attacks on basic rights during the full swing of the Suharto regime in the 1990s. The Indonesian police and military were often called in to suppress workers protest actions with force. These workers however did not turn from their objective of being able to unite in the organization of their own choosing, despite arrests and detentions.

The CFA proceeded with a regular examination of complaints made by the Serikat Buruh Sejahtera independent trade union (SBSI) in 1994 concerning

³⁶ See the CEACR reports 1990-2003 concerning the application of Convention No. 87 by Swaziland.

assassinations, mass detentions, arrests and dismissals of its trade union leaders and members, and the Government's continuing refusal to recognize its union. After numerous considerations of this case, the CFA was finally in a position to note the positive developments that had evolved in the trade union situation. In particular, the Government ratified Convention No. 87 in June 1998 and shortly thereafter received an ILO direct contacts mission with the mandate of assisting the Government in ensuring conformity with the freedom of association Conventions in law and in practice. In line with the recommendations contained in the report of the direct contacts mission, the Government embarked on the redrafting of its labour legislation in consultation with the social partners and with ILO technical assistance. On a practical level, all SBSI leaders and activists were released from prison and instructions were issued to all levels of the military to refrain from intervening in labour disputes.

In June 1998, following the collapse of the regime, the leader of the SBSI, Muchtar Pakpahan, freshly released from prison, addressed the International Labour Conference. The intertwining of workers' objectives and general democratic aims was evident:

The SBSI tried to exercise its right to organize within the difficult context of dictatorial rule and a single official union. We tried to organize so that we could really defend the workers. Because of this we were put into prison, some of us were even tortured, our meetings were disrupted, our members were dismissed from their jobs, our offices were ransacked, our documents were seized. At the end of the dictatorial rule changes are occurring at a breathtaking pace. Despite these rapid changes, the reformation movement in Indonesia is demanding deeper changes in society: the reform of the political bill, a speedy transition towards democracy through free and fair elections, and clean government.³⁷

One year later, the remaining trade union leader in prison, Dita Sari, was unconditionally released following the granting of a presidential amnesty. She continues to actively exercise trade union activities as chairperson of the Indonesian Labour Federation (FNPBI). Speaking at the roundtable set up in celebration of the fiftieth anniversary of the ILO Committee on Freedom of Association in 2002, she observed that trade unionists still went to jail in her country and that more practical and direct action, such as the action taken three years before to call for her release, was needed to assist her country to move forward.³⁸ Perhaps one example of such action is the assistance provided by

³⁷ See International Labour Conference, 86th Session, 1998, *Record of Proceedings*, p. 18/119.

³⁸ See "ILO's pioneering Freedom of Association Committee marks fiftieth year", *World of Work*, No. 44, Sept./Oct. 2002, p. 4.

the ILO in the training of police and military officers about human rights and international labour standards. In addition to a number of workshops, efforts are now being made to develop a course on labour rights for inclusion in the National Police Academy curriculum and the police training schools. In this way, police officers will be informed about the rights of workers to establish unions and the legal mechanisms for resolving industrial disputes while looking towards international experience of police forces in dealing with legitimate law and order issues that may arise.³⁹

V. Conclusion

The general message should by now be clear: gains in freedom of association represent, unequivocally, advances for democracy. For democracy to be complete, it must reign not only in the political sphere, but also in the social and economic spheres. In a political democracy, citizens have a voice. Workers in turn must have a voice in the social and economic spheres. As an elected party represents the citizens' voice, the unions represent the democratic voice of the workers. Organized representation is essential to avert a nation ruled only by the law of the jungle or anarchy. The ILO's unending support for a true voice at work and free and independent unions can only reinforce and accelerate advances towards democracy in the greatest sense of the term.

³⁹ See *Organising for social justice* – Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, International Labour Conference, 92nd Session, 2004, *Report I(B)*, p. 97.

La liberté syndicale et les missions sur place de l'OIT

*Bernard Gernigon**

I. Introduction

14 mai 1982. Un coin perdu du sud de la Pologne, dans les Carpates. Dans une petite maison entourée de militaires, l'homme dont le visage moustachu est devenu familier au monde entier accueille Nicolas Valticos :

- «Je vous attendais, vous avez un peu tardé.»
- «C'est vrai, j'ai eu quelques difficultés à trouver votre adresse».

Ces mots d'accueil prononcés par Lech Walesa furent largement commentés par la presse. On fit référence à l'OIT comme «porteur d'immenses espoirs, non seulement l'espérance de Walesa, mais celle de milliards de travailleurs» (*La Tribune de Genève*, 11 juin 1982) et, comme une organisation qui «n'a pas cédé à la complaisance» (*Le Figaro*, 18 mai 1982).

Cet événement, relaté par Nicolas Valticos dans ses *Souvenirs d'une vie internationale*, eut un énorme retentissement à l'époque, car il constituait la première brèche à l'isolement dont souffrait Lech Walesa depuis cinq mois. Rencontre spectaculaire s'il en est mais qui n'était que le reflet de l'action souvent plus discrète, parfois même presque «souterraine» que menait l'OIT sur le terrain depuis plus de 20 ans pour promouvoir et défendre les idéaux de la liberté syndicale, fondements de son existence et de sa crédibilité.

Certes, il fallut attendre quelque trente ans après sa création pour que l'Organisation puisse entreprendre une action d'envergure dans le domaine de la liberté syndicale, avec l'adoption des Conventions n^{os} 87 et 98 et la création du Comité de la liberté syndicale puis une dizaine d'années supplémentaires pour que des missions de l'OIT se rendent dans les Etats Membres pour traiter des problèmes de liberté syndicale. C'est en effet en 1962 que furent dépêchées les premières missions de ce type avant même que leur principe soit inscrit officiellement dans les procédures des organes de contrôle, preuve s'il en est besoin

* Chef du Service de la liberté syndicale, Département des normes internationales du travail.

du pragmatisme et de la capacité d'innovation dont peut faire preuve l'OIT. Une fois de plus dans la vie de l'Organisation, nécessité avait fait loi.

Première mission, premier succès. Elle concernait l'arrestation d'un dirigeant syndical, membre du Conseil d'administration du BIT, ressortissant de la Libye alors dirigée par le roi Idriss Senoussi. Un magistrat anglais, Lord Foster of Harraby se rendit sur place accompagné de Nicolas Valticos. Au moment de leur arrivée à Tripoli, la bonne nouvelle leur fut annoncée: le dirigeant syndical venait d'être libéré. La mission en fut certainement facilitée mais l'action de l'OIT n'était certainement pas étrangère à cet heureux dénouement. Ce périple libyen – suivi peu de temps après par une visite au Costa Rica pour examiner la situation syndicale dans les plantations – ouvrait la voie à une longue série de missions de natures très diverses mais poursuivant un objectif commun: faire en sorte que les principes de liberté syndicale prônés par l'OIT deviennent une réalité dans les Etats Membres de l'Organisation.

Les premières expériences ainsi menées conduisirent les organes de contrôle de l'OIT à officialiser ces missions sur place en les prévoyant expressément dans leurs méthodes de travail et leurs règles de procédure. C'est ainsi qu'en 1968, la Commission d'Experts pour l'application des conventions et recommandations inaugura la méthode des «contacts directs», appuyée en cela par la Commission d'application des normes de la Conférence. Puis en 1971, le Conseil d'administration approuva une proposition du Comité de la liberté syndicale tendant à étendre la procédure de contacts directs aux cas qui lui étaient soumis. Par la suite, la formule faisait l'objet de perfectionnements successifs, notamment en 1977, avec la possibilité de procéder à des missions préliminaires dans le cas de plaintes urgentes et graves avant même que le Comité de la liberté syndicale ait examiné l'affaire en cause et ait donc pu recommander l'envoi d'une mission sur place.

L'institutionnalisation des missions de contacts directs par leur inscription dans les règles formelles de procédure entraîna toutefois à terme une plus grande réticence des gouvernements à les accepter. On le constata – et on le constate encore de nos jours – à plusieurs reprises au cours des débats au sein de la Commission de l'application des normes de la Conférence. Certains gouvernements – à priori non hostiles à une visite sur place de l'OIT – luttent vigoureusement pour que les missions proposées par les groupes employeurs et travailleurs ne revêtent pas la forme de contacts directs. Par souci d'efficacité, il a fallu alors innover et trouver d'autres appellations: missions d'information, missions consultatives, missions d'assistance. L'essentiel n'est pas dans la terminologie mais dans la possibilité de se rendre sur place pour échanger des idées et des propositions avec les gouvernements et les partenaires sociaux, trouver des solutions adaptées aux circonstances nationales qui satisfassent aux principes de l'OIT, convaincre les interlocuteurs du bien-fondé de ces solutions et de la nécessité de les mettre rapidement en œuvre.

A vrai dire, quel que soit le vocable utilisé, toutes ces missions présentent des caractéristiques communes (II), même si leurs fonctions sont différenciées (III). L'important, c'est l'impact qu'elles peuvent avoir sur la législation et la pratique du pays considéré (IV).

II. Caractéristiques des missions

1. Accord nécessaire du gouvernement

Les missions en matière de liberté syndicale – comme plus généralement en matière de normes internationales du travail – ne peuvent être effectuées qu'avec l'accord du gouvernement intéressé. Ceci constitue une évidence non seulement pour des raisons pratiques – l'Etat reste souverain pour accorder des visas d'entrée sur son territoire – mais aussi pour des raisons d'efficacité. Pour obtenir des résultats tangibles, il est impératif de s'entretenir avec le gouvernement, et donc que ce dernier accepte de rencontrer la mission.

2. Désignation du représentant de l'OIT

En revanche, point n'est besoin d'accord avec les autorités pour désigner la ou les personnes qui seront chargées de mener à bien la mission. C'est au Directeur Général qu'il appartient de procéder à ce choix. Il s'agit là d'un élément essentiel pour garantir l'indépendance des membres de la mission. Bien évidemment, le Directeur Général, toujours par souci d'efficacité, effectue cette nomination de telle manière que les personnes désignées puissent bénéficier de la confiance des parties intéressées à la mission. Mais sa responsabilité ultime dans le choix de la composition de la mission constitue l'assurance que celle-ci se déroulera en se fondant sur les principes de l'Organisation et présentera toutes les garanties nécessaires d'objectivité et d'impartialité.

Concrètement, les choix exercés par le Directeur Général se sont portés sur des personnalités extérieures au BIT: juristes de haut niveau, professeurs d'université ou magistrats de Cours Suprêmes à la compétence et l'autorité reconnues ou sur des hauts fonctionnaires du Bureau, notamment lorsque les missions impliquent des questions techniques nécessitant une expérience approfondie dans le domaine de la liberté syndicale. Dans plusieurs cas de première importance, au cours des années 70-80, le Directeur Général assumait lui-même la responsabilité de la mission. C'est ainsi que Francis Blanchard n'hésita aucunement à se rendre,

entre autre, en Pologne, Tunisie, et Côte d'Ivoire à des moments où la liberté syndicale était gravement mise en cause dans ces pays. Sa présence révélait ainsi toute l'importance que l'Organisation attachait à l'affaire en cause et permettait de rencontrer les responsables gouvernementaux au plus haut niveau. Nul doute que l'implication personnelle du Directeur Général et le prestige accordé à sa fonction ont largement contribué à l'heureuse résolution des problèmes posés.

A la fin des années quatre-vingt-dix, une innovation a été apportée par le Comité quant aux types de mission qui peuvent être effectuées dans un pays. Il s'agit d'une mission tripartite du Comité lui-même – employeurs, travailleurs et gouvernements – qui a été envoyée après accord du gouvernement dans le cadre de l'examen d'un cas concernant la Corée du Sud. C'est une forme de mission qui s'est avérée particulièrement utile pour montrer l'identité de vues qui existe au sein du Comité malgré les sensibilités particulières de chacun des groupes. C'est aussi un excellent moyen de faire comprendre à chacun des partenaires sociaux nationaux la teneur et l'intérêt des conclusions antérieurement adoptées par le Comité dans la mesure où les travailleurs ou employeurs du pays concerné sont sans doute plus enclins à écouter respectivement les explications du membre employeur ou travailleur du Comité.

Pour donner suite à cette mission tripartite, le président du Comité de la liberté syndicale, le professeur Max Rood, accompagné de fonctionnaires du Bureau, entreprit lui-même une mission à Séoul où il put constater les progrès accomplis entre-temps dans la mise en œuvre des recommandations du Comité et examiner avec les constituants nationaux les moyens de résoudre les questions encore en instance.

3. Garanties pour la mission

Bien évidemment, les missions sur place, de quelque nature qu'elles soient, ne peuvent être réellement utiles et efficaces que si les représentants de l'OIT peuvent l'effectuer en toute liberté. C'est la raison pour laquelle il a toujours été convenu avant l'envoi d'une mission que les personnes la composant pourraient s'entretenir avec toutes les parties intéressées qu'elles soient ou non reconnues par le gouvernement, et plus généralement avec toute personne qu'elles souhaiteraient rencontrer. Il importe également d'obtenir des autorités la garantie que nul ne fera l'objet de représailles pour les déclarations prononcées devant la mission. Il s'agit d'une condition indispensable pour que les interlocuteurs de la mission puissent parler en toute franchise et en toute confiance. Ainsi, par exemple, des missions ont pu rencontrer des représentants d'organisations syndicales qui exerçaient leurs activités dans la clandestinité dans des circonstances particulièrement difficiles en Espagne, au Chili et en Pologne.

4. Contacts tripartites

Tripartisme oblige, les missions traitant de liberté syndicale se doivent de rencontrer l'ensemble des constituants de l'Organisation. Gouvernements, organisations d'employeurs et de travailleurs doivent être tous consultés pour que la mission puisse connaître l'avis de toutes les composantes de la vie sociale d'un pays. En fonction des circonstances de chaque cas, il peut être parfois utile de s'entretenir avec d'autres groupements ou personnalités – organisations humanitaires, dirigeants politiques d'opposition, dignitaires religieux, professeurs d'université, magistrats, par exemple – mais priorité doit toujours être donnée aux autorités et aux acteurs sociaux. C'est en effet avec eux qu'il conviendra, au terme de la mission, d'explorer les voies acceptables pour les trois parties, qui permettront d'assurer les bases nécessaires au respect des principes de l'OIT en matière de liberté syndicale.

5. Répercussions sur le déroulement des procédures

La question s'est posée de savoir si les missions de contacts directs entraînaient une suspension de l'examen de l'affaire par les organes de contrôle et, plus particulièrement, si elles empêchaient la discussion d'un cas devant la Commission de l'application des normes de la Conférence. Lorsque la Commission d'Experts pour l'application des conventions et recommandation a institué la méthode des contacts directs, il a en effet été prévu que les organes de contrôle interrompraient l'examen du cas pendant un délai raisonnable pour pouvoir tenir compte des résultats de la mission. Toutefois, dans le domaine de la liberté syndicale, cette règle n'a jamais été mise en pratique. Tant la Commission d'Experts que la Commission de la Conférence ont toujours considéré que pour les Conventions n^{os} 87 et 98, elles gardaient toute latitude d'examiner un cas ou non, indépendamment de l'envoi d'une mission de contacts directs. Les deux commissions ont pu ainsi inscrire à leur ordre du jour l'application de ces conventions par des pays qui avaient reçu des missions du BIT peu de temps auparavant. Ce fut le cas notamment de l'Argentine, de la Colombie et de l'Uruguay.

6. Rapport de mission

Chaque visite sur place fait l'objet d'un rapport de mission qui non seulement présente les positions des interlocuteurs mais dégage aussi des conclusions sur la situation et le cas échéant, formule des recommandations sur les mesures à prendre et les actions à entreprendre. Lorsque les missions s'effectuent dans le cadre des procédures établies de l'Organisation (Commission d'Experts ou Comité de la liberté syndicale), les organes de contrôle sont les premiers destinataires de ces rapports. Il leur appartient alors, sur la base des informations recueillies et des conclusions dégagées, de formuler les observations et les recommandations appropriées aux gouvernements concernés. Dans les cas où les missions se situent en dehors des procédures de contrôle, les rapports correspondants sont destinés aux gouvernements et aux organisations d'employeurs et de travailleurs du pays considéré et peuvent constituer ainsi la base d'une discussion tripartite en vue de rechercher des solutions aux questions en cause.

III. Fonctions des missions

Sous les divers vocables utilisés, les missions de l'OIT en matière de liberté syndicale remplissent plusieurs types de fonctions qui peuvent être regroupées en trois catégories: investigation, assistance et conciliation. Si certaines missions ne s'attachent qu'à l'une de ces fonctions, d'autres en revanche – et ce sont les plus fréquentes – répondent à l'ensemble de ces objectifs.

1. Fonctions d'investigation

Dans le cadre de ces fonctions, il s'agit avant tout d'établir les faits. C'est un rôle que les missions effectuées en vertu de la procédure du Comité de la liberté syndicale doivent exercer en premier lieu. La procédure du Comité est essentiellement basée sur des communications écrites, à savoir plaintes et informations complémentaires adressées par les organisations plaignantes et réponses des gouvernements. Toutefois, lorsque le Comité se trouve en présence de déclarations contradictoires quant aux faits, il lui est très difficile de prendre une décision. En pareil cas, des méthodes d'investigation plus directes sont nécessaires. Des missions préalables peuvent être également déléguées sur place dès réception d'une plainte en vue de faire part au gouvernement de la préoccupation de l'OIT, d'expliquer les principes de la liberté syndicale en

cause, d'inciter le gouvernement à coopérer à la procédure et enfin et surtout, de recueillir des informations exhaustives des plaignants et du gouvernement pour éclairer le Comité lors de son examen du cas et lui permettre d'aboutir à des conclusions et recommandations en toute connaissance de cause.

Le Comité de la liberté syndicale a eu recours à des missions sur place à près de 90 reprises, depuis les années soixante-dix, période à laquelle cette possibilité a été prévue dans la procédure. Les pays visités appartiennent à toutes les régions du monde et à tous les systèmes politiques et économiques. Les missions ont eu à traiter des questions très variées qui vont de graves violations des droits syndicaux dans un contexte d'atteintes aux libertés publiques à des problèmes de nature plus technique comme le droit à la négociation collective ou le droit de grève.

Ainsi, bien des régimes dictatoriaux ou totalitaires, ont, sous la pression internationale, dû accepter l'envoi de missions de l'OIT pour que soit examinée la situation syndicale dans leur pays. C'est sans doute en Amérique Latine, du temps des dictatures militaires, que ces missions furent les plus fréquentes (Argentine, Bolivie, Chili et Uruguay) mais les autres continents ne furent pas pour autant négligés: l'Europe avec l'Espagne, la Pologne et la Roumanie notamment, l'Afrique avec la Centrafrique, l'Éthiopie, la Tunisie par exemple et l'Asie avec en particulier l'Indonésie. Ces missions qui pour la plupart se sont déroulées dans les années 70-80 ont dû faire face à des situations très graves et urgentes où les droits de l'homme étaient bafoués, les organisations syndicales démantelées et de nombreux dirigeants syndicaux détenus.

Dans la plupart de ces cas, les représentants de l'OIT s'attachèrent avec opiniâtreté à vaincre la réticence des autorités à accorder des autorisations pour visiter les syndicalistes emprisonnés. Ces entretiens revêtent en effet la plus haute importance pour éclairer les motifs et les circonstances des arrestations et – élément non négligeable – pour redonner espoir et confiance à des militants isolés du monde et leur apporter la preuve que la communauté internationale continue à s'intéresser à leur sort et leur manifeste sa solidarité dans des moments et épreuves difficiles. Pour obtenir leur accord, les discussions avec les autorités furent souvent âpres. L'exemple le plus frappant fut celui de la Pologne où, devant le refus opposé par le gouvernement pour rencontrer Lech Walesa, Nicolas Valticos déclara sans ambages mettre un terme à sa mission, rentrer aussitôt à Genève pour y faire rapport et de fait prendre congé immédiatement du Ministre qui lui annonçait ce refus. La méthode fut payante puisque, peu de temps après son retour à l'hôtel, un émissaire du gouvernement lui annonçait que les autorités avaient reconsidéré leur position.

Bien qu'elles n'aient pas été couronnées de succès dans tous les cas, les demandes pressantes en ce sens des émissaires de l'OIT ont maintes fois connu des réponses positives. Nombreux sont les lieux de détention où les envoyés de l'Organisation ont pu s'entretenir avec des dirigeants syndicaux emprisonnés:

en Bolivie, au Chili, au Nicaragua, au Guatemala, en Tunisie, en Corée, en Indonésie, en Espagne pour ne citer que quelques exemples.

Les fonctions d'investigation de ces missions ont pris au fil du temps une telle ampleur qu'elles se sont substituées dans quelques cas aux commissions d'enquête prévues par la Constitution de l'OIT. Des missions de contacts directs furent ainsi envoyées, parfois à plusieurs reprises, en Argentine, au Bélarus, en Bolivie, en Colombie, en Côte d'Ivoire, au Nicaragua, au Nigeria, en Pologne et en Uruguay alors que des plaintes avaient été déposées contre ces pays au titre de l'article 26 de la Constitution de l'Organisation et que, pour des raisons d'opportunité politique ou autres, des commissions d'enquête n'avaient pas été constituées par le Conseil d'administration. Dans tous ces cas, à l'exception du Bélarus, du Nicaragua et de la Pologne, le Conseil jugea l'action de ces missions de contacts directs suffisante puisqu'il n'institua pas par la suite de Commission d'enquête.

Dans certaines affaires, les missions sur place furent utilisées par le Comité de la liberté syndicale et le Conseil d'administration pour assurer le suivi de la mise en œuvre des recommandations de Commissions comme ce fut le cas au Chili et en Pologne. Elles contribuèrent largement à identifier les voies possibles pour leur donner effet.

Les nombreux cas présentés contre l'Espagne franquiste donnèrent lieu également à une innovation audacieuse. Faute de pouvoir constituer une commission d'enquête en raison de l'absence de ratification des conventions, ou la Commission d'investigation et de conciliation du fait de l'opposition apparente du gouvernement, le Conseil d'administration décida en 1967 de constituer, sur l'initiative des autorités espagnoles, un groupe d'étude ad-hoc chargé d'examiner la situation en matière de travail et de liberté syndicale. Le groupe, composé de trois personnalités indépendantes, adopta des règles de procédure similaires à celles des grandes commissions d'enquête et d'investigation et se rendit sur place pour une période de trois semaines au cours de laquelle il eut des entretiens officiels et privés, y compris avec des syndicalistes détenus.

2. Fonctions d'assistance

Les fonctions d'assistance assumées par les missions de l'OIT ont trait, la plupart du temps, à des questions législatives. Effectuées le plus souvent par des fonctionnaires du BIT, elles se rendent sur place à la demande des organes de contrôle ou des gouvernements concernés, en vue d'œuvrer à la mise en conformité des législations nationales avec les conventions et les principes de l'OIT en matière de liberté syndicale.

Fréquemment, ces missions ont pour but de donner suite aux commentaires formulés par la Commission d'Experts pour l'application des conventions

et recommandations. Les violations des conventions relevées par la Commission font alors l'objet de discussions avec les gouvernements et les organisations nationales d'employeurs et de travailleurs et, sur la base de ces entretiens, des projets d'amendements sont proposés au gouvernement afin de remédier aux difficultés d'application relevées. Pour augmenter les chances de réussite, ces propositions sont aussi souvent discutées avec les commissions compétentes des Parlements nationaux, organes qui la plupart du temps, prendront la décision finale en la matière.

Les projets d'amendements présentés, même s'ils s'efforcent de tenir compte des opinions et avis de tous les constituants de l'OIT préalablement rencontrés, ne bénéficient pas toujours – loin s'en faut – de l'approbation immédiate des autorités. Il faut alors façonner l'ouvrage pour aboutir à une solution acceptable sur le plan national pour autant qu'elle reste conforme à la doctrine et aux positions des organes de contrôle. Il ne faut en effet jamais oublier dans ce type d'exercices qu'une fois adoptés, les amendements législatifs seront examinés par les organes de contrôle et qu'ils feront l'objet de commentaires, s'ils ne sont pas conformes aux conventions. Ce serait une situation pour le moins embarrassante si des amendements ayant eu l'aval de représentants du BIT devaient par la suite être considérés comme ne satisfaisant pas aux exigences des conventions. Cette remarque revêt une importance particulière à un moment où l'Organisation et le Bureau connaissent un processus d'intégration et de décentralisation. Il importe plus que jamais que le secrétariat des organes de contrôle – et singulièrement du Comité de la liberté syndicale – ait le dernier mot quant aux évolutions législatives proposées par le BIT.

Au-delà des suites données aux commentaires des organes de contrôle, il est de plus en plus fréquent que des gouvernements souhaitent s'assurer de la conformité de leur législation avec les conventions sur la liberté syndicale avant de les ratifier. C'est une forme d'assistance qui a pris plus d'ampleur avec la campagne de ratifications des conventions fondamentales lancée en 1995 par Michel Hansenne, alors Directeur Général du BIT.

Des actions ont été entreprises en ce sens avec succès en Indonésie, à Madagascar et en Tanzanie. Après une assistance appropriée, ces pays ont pu ratifier les conventions sans difficultés majeures. Dans d'autres cas, le BIT se heurte à des situations plus délicates soit en raison de l'importance des problèmes en cause pour le pays considéré ou de la nature constitutionnelle des violations constatées, soit parce que les constituants nationaux de l'OIT n'arrivent pas à s'accorder sur l'opportunité d'une ratification. Ainsi, dans certains pays tels que le Brésil, la République de Corée et le Maroc par exemple, le processus de ratification des Conventions n° 87 et/ou n° 98 fait l'objet de discussions et de missions depuis de nombreuses années sans qu'elles aient pu aboutir pour l'instant, même si les gouvernements concernés ont déclaré avoir l'intention de procéder à ces ratifications.

Il arrive aussi que, bien que la ratification ne soit pas envisageable dans un délai prévisible, des gouvernements fassent appel au BIT pour assurer une amélioration de leur législation par rapport aux normes de l'Organisation. Un exemple récent de ce type est celui de la République islamique d'Iran où, après deux missions, un accord a été signé à Téhéran en mai 2003 entre le gouvernement et les représentants du BIT, accord qui fixe les grands principes sur lesquels devra se fonder une nouvelle législation syndicale et qui établit les bases d'une coopération future à cet égard entre le gouvernement et le BIT.

Enfin, les missions d'assistance s'avèrent être aussi particulièrement utiles pour résoudre des problèmes de relations professionnelles sans que pour autant l'application des conventions sur la liberté syndicale soit directement en cause. En particulier, après l'abandon des systèmes de monopole syndical dans de nombreux pays au cours des années quatre-vingt-dix, s'est posée la question de la mise sur pied de systèmes de représentativité des syndicats afin de rationaliser les relations professionnelles et particulièrement la négociation collective et d'éviter une multiplicité débridée – voire un éparpillement – nuisible à l'intérêt des travailleurs et par la même au pays dans son ensemble. C'est principalement en Afrique francophone que le problème s'est posé dans un premier temps. Une première expérience a été menée au Bénin où une mission du BIT a contribué à la mise en place, avec l'accord du gouvernement et des sept centrales syndicales alors existantes, d'un système de détermination de la représentativité fondé sur des élections professionnelles nationales. Devant le succès de cette entreprise, d'autres gouvernements africains ont fait appel au BIT et des actions sont actuellement en cours au Burkina Faso, au Gabon, à Madagascar, au Niger, au Sénégal et au Togo.

3. Fonctions de conciliation

Pour que les missions en matière de liberté syndicale aient quelque chance de succès – et surtout de succès durable – il convient que les solutions proposées rencontrent l'assentiment des différentes parties, gouvernement, employeurs et travailleurs. De toute évidence, les problèmes de liberté syndicale étant au cœur de la vie politique, économique et sociale d'un pays, des solutions conformes aux normes et principes de l'OIT et faisant immédiatement l'objet d'un consensus entre les trois parties ne sont pas toujours aisées à trouver. Il est donc de première importance d'essayer d'obtenir lors des missions sur place l'accord le plus large possible sur les recommandations proposées. D'où l'utilité dans bien des cas de réunir au terme de la mission gouvernement, employeurs et travailleurs autour d'une même table pour procéder à des échanges de vue sur les solutions possibles.

Les divergences fréquentes d'opinions entre les trois parties amènent bien souvent les représentants du BIT à exercer de fait des fonctions de conciliateur en tentant de rapprocher les points de vue et d'imaginer des propositions qui puissent faire l'unanimité. En pratique, les missions du BIT ont donc vu leur compétence s'étendre par nécessité et couvrir l'une des fonctions – celle de conciliation – initialement attribuée à la Commission d'investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale, organe créé à l'origine dans la procédure spéciale instituée au sein de l'OIT en 1950 mais dont la mise en fonctions s'est avérée difficile dans bien des cas, notamment en raison du coût financier élevé de telles commissions et de la nécessité de l'accord préalable du gouvernement.

Cette fonction de conciliation a même été exercée en dehors des procédures de contrôle. L'un des exemples les plus marquants en est la mission dirigée par Nicolas Valticos en Argentine en 1986. Après le retour à la démocratie, les travailleurs avaient repris possession de la Confédération générale du Travail dont la gestion avait été exercée par l'armée du temps du régime militaire. Les fonds et biens de la CGT gelés pendant la dictature devaient être restitués à l'organisation mais des divergences existaient entre le gouvernement et la CGT quant aux modalités de réattribution de ces actifs. Des sommes considérables étaient en jeu et, devant l'impasse dans laquelle se trouvaient les négociations nationales, les parties décidèrent de faire appel au BIT. Après une semaine de discussions et de navettes incessantes entre les parties qui ne souhaitaient pas négocier face à face et après un entretien avec le Président de la République argentine, Raoul Alfonsín, un accord put être trouvé puis signé par le ministre du Travail et le Secrétaire Général de la CGT au bureau du BIT à Buenos Aires et, contresigné par les deux émissaires du BIT comme garants de son interprétation et de sa mise en œuvre. L'accord fut officialisé par une publication au Journal Officiel de la République et Nicolas Valticos put être qualifié par la presse argentine de «Samoré» de l'OIT, le Cardinal Samoré ayant joué quelques années plus tôt un rôle décisif dans l'accord qui mettait fin au conflit frontalier entre l'Argentine et le Chili sur le canal de Beagle.

IV. Impact des missions

Le succès des missions entreprises dans le domaine de la liberté syndicale dépend, dans une large mesure, des circonstances politiques nationales et plus particulièrement de la volonté réelle du gouvernement de procéder aux réformes nécessaires. Une chose est d'accepter le principe d'une mission, une autre est d'accepter de mettre en œuvre les recommandations que la mission formule. L'un n'entraîne pas nécessairement l'autre et un gouvernement enclin à recevoir une

mission pour calmer les esprits au sein de l'Organisation et notamment au sein de la Commission d'application des normes de la Conférence, n'est pas toujours, pour autant, disposé à se plier aux vœux émis par les organes de contrôle.

Il faut donc bien souvent que les représentants du Directeur Général fassent preuve de patience, de constance et surtout de force de persuasion pour convaincre les autorités gouvernementales – et parfois les partenaires sociaux – de l'intérêt de donner suite aux propositions avancées. Certaines missions ont connu des échecs et n'ont pu malgré les efforts entrepris débloquer les situations. Dans d'autres cas, il a fallu que le temps et l'opiniâtreté du BIT fassent évoluer les esprits pour que des résultats positifs soient atteints. Mais nombreuses sont les missions qui se sont soldées par des progrès substantiels. Ainsi, un grand nombre des quelques 3,000 syndicalistes libérés au cours des 25 dernières années, suite aux recommandations du Comité de la liberté syndicale, étaient détenus dans des pays où se sont rendues des missions de l'OIT.

Les visites sur place ont été aussi déterminantes dans des situations où existait un système de monopole syndical et où des confédérations et centrales émergentes peinaient à obtenir leur enregistrement et leur reconnaissance officielle. C'est précisément lors de la mission du Directeur Général du BIT, Francis Blanchard, que le syndicat indépendant Solidarité rurale, a été enregistré en mai 1981. De même, en Indonésie, les autorités ont enregistré en 1998 le Syndicat indonésien de la Prospérité (SBSI) après qu'une mission de contacts directs se fut rendue sur place. Au cours d'une séance de la Commission d'application des normes de la Conférence empreinte d'émotion, le président du SBSI, M. Pakpahan, tout juste libéré de prison vint remercier l'Organisation et le Bureau de l'action menée en faveur de la liberté syndicale. La Confédération des syndicats coréens (KCTU) fut aussi reconnue en 1999 comme entité légale après la visite sur place du président du Comité de la liberté syndicale, le professeur Max Rood. Le Bélarus, avec l'enregistrement du Congrès des syndicats démocratiques du Bélarus et la Côte d'Ivoire avec la reconnaissance de la Centrale Dignité constituent deux autres exemples de l'influence des missions du BIT sur la mise en pratique effective du pluralisme syndical. Par la suite, le secrétaire général de la Centrale Dignité de Côte d'Ivoire a été élu membre du Conseil d'administration du BIT. Lors d'un colloque organisé en 2002 pour célébrer le cinquantenaire du Comité de la liberté syndicale, il est venu témoigner de sa lutte pour la reconnaissance de son organisation, des détentions successives qu'il a dû subir et du rôle que le BIT a joué dans l'évolution de la situation syndicale dans son pays. «Je dois vous dire que je dois ma vie au Comité de la liberté syndicale». Telles furent les premières paroles qu'il prononça en s'adressant au colloque.

Dans d'autres cas, les visites sur place ont contribué au redressement de situations où les organisations syndicales avaient été dissoutes ou suspendues. Tel fut le cas notamment au Bélarus quand le décret présidentiel suspendant les activités du syndicat libre du Bélarus fut abrogé.

Les exemples d'améliorations législatives menées à bien après des missions sur place sont fort nombreux. Des cas de progrès importants pour les pays concernés peuvent être relevés en Corée du Sud où le droit syndical des enseignants a été reconnu; au Costa Rica où les inégalités de traitement en faveur des «associations solidaristes», associations de travailleurs créées souvent à l'initiative des employeurs, par rapport aux organisations syndicales furent supprimées; au Nigéria où de nouvelles dispositions mirent fin à des violations de la Convention n° 87 notamment dans le domaine de la liberté d'action des syndicats et de leur droit à l'affiliation internationale; au Guatemala où pendant le déroulement même de la mission en avril 2001, ont été adoptés deux décrets législatifs qui donnaient suite à une grande partie des commentaires des organes de contrôle; en Colombie où en juin 2000, deux mois après une mission de contacts directs, a été adoptée une réforme de la législation qui a permis d'abroger ou de modifier un nombre important de dispositions contraires aux Conventions nos 87 et 98.

Certes, l'impact positif des missions sur place ne doit pas laisser ignorer la persistance de difficultés sérieuses dans nombre de pays, y compris dans ceux qui ont subi une certaine évolution positive. Il faut aussi avoir conscience que les améliorations ne sont parfois que temporaires. Par exemple, les libérations de syndicalistes détenus ne signifient pas nécessairement la fin d'un régime attentatoire aux libertés publiques et aux libertés syndicales. Ces trêves sont quelquefois momentanées et d'autres vagues d'arrestations suivent. «Sur le métier, cent fois remettez votre ouvrage» est malheureusement une maxime qui s'applique souvent aux émissaires du BIT.

V. Conclusions

Un proverbe japonais nous enseigne que «mieux vaut voir une fois que lire cent fois». C'est une pensée qui trouve toute son application dans l'action de l'OIT en matière de liberté syndicale. Le recours aux missions a contribué largement à perfectionner les procédures de l'Organisation, en permettant aux organes de contrôle de disposer de toutes les informations nécessaires, d'accélérer le traitement des affaires en instance et d'accroître l'efficacité de leurs travaux. Ces visites sur place permettent aussi, dans un nombre non négligeable, d'exercer une action de nature préventive en aidant à la solution de problèmes qui, s'ils n'avaient pas été résolus par ce biais, auraient donné lieu à l'ouverture de procédures au sein de l'Organisation. De cette manière, elles peuvent alléger quelque peu la charge de travail des organes de l'OIT et en particulier du Comité de la liberté syndicale.

Certes, les missions de l'OIT sont loin du système d'inspection internationale de l'application des conventions dont certains avaient rêvé peu de temps après la seconde guerre mondiale. Mais, leur nature consultative, plus qu'interrogatoire, ainsi que la souplesse et le pragmatisme de leur utilisation, a aussi largement favorisé leur développement. Un développement qui d'ailleurs ne va pas sans difficultés, le succès de la formule entraînant un nombre croissant de demandes des constituants, notamment dans le domaine de l'assistance, qu'il n'est pas toujours aisé, faute de ressources humaines suffisantes, de satisfaire dans l'immédiat.

L'un des mérites des missions fut aussi de révéler les qualités des personnes qui en étaient chargées. Nicolas Valticos en entreprit de nombreuses, serviteur inlassable de l'Organisation et de la liberté syndicale. Il les a accomplies avec sa vive intelligence, son sens inné de la diplomatie allié à une fermeté sans faille et aussi, même dans des circonstances souvent difficiles, avec son sens de l'humour jamais démenti. Le titre de «héraut de la liberté syndicale» qu'un de nos ex-collègues un jour lui attribua, lui convenait parfaitement. Mais, peut-être, usant d'un jeu de mots dont Nicolas Valticos était si friand, voulait-il parler de «héros de la liberté syndicale».

Une révolution de velours dans l'ordre juridique international en matière de droits fondamentaux des travailleurs

*Tomï Kohiyama** et *María Marta Travieso***

I. Introduction

La fragmentation de l'ordre juridique international, actuellement étudiée par la Commission du droit international,¹ pourrait être en passe de connaître une exception notable: les droits fondamentaux des travailleurs.

L'évolution du système international est caractérisée par une multiplication d'organisations internationales et, partant, de normes internationales qui, souvent, sont le moyen principal de la manifestation de leur volonté. Or le principe de spécialité qui est à la base de la personnalité juridique internationale de ces organisations et qui domine leur façon d'évoluer², peut être parfois source de cloisonnement: une même norme pouvant être définie, interprétée et appliquée de différentes manières par diverses organisations internationales selon leurs mandats respectifs. En outre, le système international est horizontal, ce qui implique l'absence de hiérarchie bien établie entre les normes internationales ainsi qu'entre les différentes organisations. Les normes de droit international qui régissent les

* Service de la liberté syndicale, Département des normes internationales du travail.

** Service de la liberté syndicale, Département des normes internationales du travail. Les auteurs remercient Pieter Tergeist et Raymond Torres de la Division de l'analyse et politique de l'emploi de l'OCDE pour les éclaircissements qu'ils ont bien voulu apporter sur le fonctionnement de l'OCDE et les décisions qu'elle a prises sur la question de la liberté syndicale en République de Corée. Les auteurs remercient également María Paz Anzorreguy pour les recherches qu'elle a effectuées, sans lesquelles cet article n'aurait pu être écrit.

¹ La Commission du droit international (CDI) a créé en 2002 un Groupe de travail sur la fragmentation du droit international dont l'objet principal est d'examiner les difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international et de voir si et comment le fond du droit lui-même peut s'être fragmenté en régimes particuliers risquant ainsi de manquer de cohérence ou d'être en contradiction entre eux. La Commission devrait rendre son premier rapport fin 2004; voir CDI, 55^e session, 5 mai-6 juin 2003 et 7 juillet-août 2003, A/CN.4/L644 du 18 juillet 2003.

² Le principe de spécialité a été consacré par la Cour internationale de Justice dans son avis du 11 avril 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*.

questions de hiérarchie sont en effet encore fragmentaires et partielles. Cette polyphonie entraîne des chevauchements entre les fonctions des organisations internationales et des contradictions entre les normes qu'elles créent.

Dès 1978, Nicolas Valticos avait posé le problème avec justesse. «La récente tendance d'avoir un nombre croissant d'instruments sur les droits économiques et sociaux adoptés par diverses organisations internationales et portant même sur des droits identiques, [...] peut devenir dangereuse au-delà d'un certain point, notamment, si les normes sont incompatibles les unes avec les autres ou sont interprétées de manière contradictoire. Le problème sera donc d'éviter une duplication inutile des normes et de réaliser une coordination effective au stade de leur adoption, de leur contrôle et de leur application».³

Il est important de tenir compte du besoin de maintenir une certaine unité du système international en réponse à une réalité étatique unique.⁴ De plus, les droits de l'homme «que la souveraineté de l'Etat ne peut bafouer mais doit au contraire s'atteler à promouvoir»⁵ font désormais partie du droit international: le besoin d'harmoniser les droits nationaux et la reconnaissance croissante de la solidarité internationale se traduisant progressivement par l'établissement d'une sorte de droit commun de l'humanité.

La pluralité des normes d'origine nationale et la reconnaissance des bénéfices de l'action collective dans certains domaines appellent à une harmonisation qui se traduit dans un premier temps par l'adoption d'une norme par une organisation internationale. Cependant, lorsque la pluralité de normes internationales entraîne des chevauchements et des contradictions et nuit à la cohérence de l'ensemble du système international, il convient à nouveau d'envisager une harmonisation, une coordination ou à tout le moins une coopération entre organisations internationales.⁶

A ce stade, il convient de clarifier le sens qu'il est donné aux trois concepts pour le propos de cet article. L'*harmonisation* vise à l'unification des normes. Elle est plus facilement atteinte entre entités de même nature qui ont une communauté d'objectifs. Le phénomène même de l'élaboration d'une norme de droit international par une organisation internationale, implique déjà une harmonisation: à une pluralité de normes étatiques succède une norme internationale unique. L'harmonisation exprime ainsi la volonté des Etats d'avoir une norme internationale particulière qui régit un aspect de la réalité en unifiant les critères exprimés au niveau national. Elle se réalise généralement au sein de l'organisation

³ Voir Nicolas Valticos, «The international protection of economic and social rights» dans *Stichting, Ars Aequi-Rechten van de mens in mundiaal en Europees perspectief*, 1978, p. 183.

⁴ Voir Georges Abi-Saab, «Fragmentation or unification: some concluding remarks», *International Law and Politics*, vol. 31, 1999, pp. 919-933.

⁵ Voir Pierre-Marie Dupuy, «L'unité de l'ordre juridique international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 297, 2002, p. 416.

⁶ Voir Valticos, *op. cit.*, *supra* note 3, p. 156.

spécialisée dans le domaine. Il est donc essentiel que toutes les autres organisations internationales respectent cette volonté d'unité exprimée par les États. Dans ce cas, lorsqu'elles traitent des questions sur lesquelles des normes existent déjà au sein d'une organisation internationale spécialisée, les autres organisations internationales devraient s'y référer. L'harmonisation ne peut cependant avoir uniquement lieu qu'entre normes traitant du même sujet ou du même aspect d'un sujet. Si tel n'est pas le cas, le besoin d'harmonisation ne se pose pas.

Pourtant, certains sujets traités par plusieurs organisations, peuvent se chevaucher. C'est au niveau de cette intersection que des incohérences peuvent apparaître et qu'une coopération ou une coordination entre organisations internationales s'avèrent nécessaires.

La *coopération* implique essentiellement la reconnaissance mutuelle entre les organisations internationales, et donc celle de la division des grands sujets de droit international suivant le principe de la spécialité. Cette coopération se manifeste entre autres par des échanges d'informations et de documents et par la représentation de chaque organisation au sein des organes des autres organisations pour des questions d'intérêt commun. Elle est pourtant insuffisante de nos jours pour éviter complètement le chevauchement des sujets et pour parvenir à créer un système cohérent face à, d'un côté, une réalité unique et globale et, de l'autre, une pluralité d'organisations internationales.

La *coordination* implique un pas au-delà de la coopération. Dans ce cas, les organisations se reconnaissent comme faisant partie d'un ensemble qui doit fonctionner de manière articulée parce qu'il est fondé sur des valeurs communes. Les actions respectives des organisations ne doivent pas porter atteinte à ces valeurs et elles ont même l'obligation de les promouvoir dans leurs domaines respectifs. La coordination réalise en fait un certain équilibre entre le principe de spécialité et l'adhésion à des valeurs fondamentales partagées telles que les droits de l'homme et plus particulièrement les droits fondamentaux des travailleurs. Elle se manifeste à travers la référence faite par les différentes organisations aux définitions et normes établies par l'organisation spécialisée dans le domaine, permettant ainsi d'avoir un système plus cohérent. Partant de la reconnaissance de la compétence exclusive de l'organisation spécialisée pour définir les normes internationales qui relève de son mandat constitutionnel, il est possible de distinguer les systèmes cohérents de ceux qui pourraient être considérés comme incohérents.

La coordination est comme un engrenage doté d'objectifs précis autour desquels chaque pièce s'articule selon une fonction précise, en veillant à ne pas faire obstruction au fonctionnement cohérent de l'ensemble. La coordination serait donc le moyen actuel le plus efficace pour parvenir à l'articulation d'un ensemble cohérent, à mi-chemin entre une harmonisation qui n'est pas toujours souhaitable, et une coopération qui est souvent insuffisante.

Les développements qui suivent tendent à montrer que la communauté internationale se dirige vers ce type de coordination dans le domaine des droits

fondamentaux des travailleurs. L'OIT est désormais dotée d'une reconnaissance multilatérale en ce domaine (II) qui est actuellement mise en pratique en ce qui concerne la liberté syndicale au Bélarus et en République de Corée (III). Ces deux cas de coordination ont été choisis car ils portent sur les relations de l'OIT avec deux organisations internationales extérieures au système des Nations Unies et parce qu'ils montrent le paradoxe auquel peut parfois aboutir le souci de cohérence.

II. La reconnaissance multilatérale de l'OIT en matière de droits fondamentaux des travailleurs

Les objectifs de l'OIT, inscrits au Préambule de sa Constitution, peuvent être synthétisés à partir de trois idées: la paix universelle et durable ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale; il est impératif d'améliorer les conditions de travail d'un grand nombre de personnes car l'injustice, la misère et les privations peuvent mettre la paix et l'harmonie universelles en danger et il faut éviter à tout prix que la non-adoption par une nation quelconque d'un régime de travail réellement humain fasse obstacle aux efforts des autres nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leurs propres pays.⁷ Le Préambule cite aussi la protection des enfants, le principe «à travail égal, salaire égal» et le principe de la liberté syndicale. La Déclaration de Philadelphie étend le champ des compétences de l'OIT aux rapports existants entre les questions du travail, les questions sociales et les questions économiques et financières. A cela, il faut ajouter la définition du caractère éminemment humanitaire de toute l'action de l'OIT réaffirmant «le droit de tous les êtres humains de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales».⁸ Cet objectif étant le but principal de l'OIT, il confère à l'Organisation des compétences non seulement dans le domaine du droit du travail mais aussi dans l'examen de tous les autres programmes économiques et sociaux développés en dehors de l'Organisation et capables d'influencer la réalisation dudit objectif.

Le mandat constitutionnel de l'OIT en matière de droits fondamentaux des travailleurs est donc clair. Le fait qu'elle ait également un droit de regard sur les autres domaines liés aux questions du travail constitue une assise solide de la construction de son autorité externe qui a été progressivement reconnue par la communauté internationale.

⁷ Voir Geraldo W. Von Potobsky et Héctor Bartolomei de la Cruz, *La Organización internacional del Trabajo*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, pp. 5-9.

⁸ Voir la Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du Travail, signée en Philadelphie en 1944, partie II a).

1. *La reconnaissance multilatérale de l'OIT au sein du système des Nations Unies*

1.1 La Charte des Nations Unies et la création du Conseil économique et social (ECOSOC): bases d'un mécanisme articulé

Le Préambule de la Charte des Nations Unies affirme le droit des nations à recourir aux institutions internationales pour favoriser le progrès économique et social de tous les peuples. L'article 1, alinéa 3, concernant les buts des Nations Unies, fait référence à la réalisation de la coopération internationale pour la résolution des problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire et le développement et la promotion du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion. Enfin, l'article 1, alinéa 4, se réfère aux Nations Unies comme *un centre où s'harmonisent les efforts des nations vers ces fins communes*.

Le Conseil économique et social (ECOSOC) devait parvenir à la réalisation de ces objectifs aux côtés d'une panoplie d'institutions spécialisées et autonomes reliées à l'ONU. L'idée était de créer un système basé sur la division du travail et encadré par un organe coordinateur devant aider à développer un ensemble cohérent.⁹ Ce système est prévu notamment aux chapitres IX et X de la Charte des Nations Unies. Le Chapitre IX est consacré de manière générale aux objectifs de l'ONU et au rattachement des institutions spécialisées au système général. L'article 55 énumère les objectifs à atteindre qui consistent en «la création de conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes». L'article 55 contient aussi une énumération des mesures d'ordre économique et social en vue d'établir un système de coopération garantissant la paix internationale. Ces objectifs sont pourtant applicables au système dans son ensemble, c'est-à-dire tant à l'organisation à caractère universel qu'aux institutions spécialisées, ce qui entraînera par la suite des problèmes de chevauchement de compétences et de coordination entre, d'une part, les institutions spécialisées et l'organisation à caractère universel et, d'autre part, les institutions spécialisées elles-mêmes.

En outre, le degré d'autonomie des institutions spécialisées n'est pas déterminé par la Charte ce qui posera d'autres problèmes de coordination¹⁰ et de

⁹ Voir J.P. Cot et A. Pellet, *La Charte des Nations Unies*, Economica, 2^e éd., 1991, p. 903.

¹⁰ En effet, «bien que la nature des relations avec les institutions spécialisées doive être fixée par accords, ceci laisse un très large marge d'incertitude sur le degré d'autorité des Nations Unies qui, par le moyen de tels accords, pourraient, dans une certaine mesure, reprendre un système analogue à celui de la SDN. Le commentaire du représentant britannique sur les propositions de Dumbarton Oaks est éclairant: l'on espère que les organisations et institutions spécialisées seront

duplication du travail, notamment à partir du moment où celles-ci ont commencé à évoluer de manière indépendante, voire parfois anarchique.

Les chapitres IX et X ont ainsi établi un système, en principe cohérent, basé sur l'existence d'organisations indépendantes et décentralisées coordonnées par l'Assemblée générale et l'ECOSOC. A la différence du système prévu à l'article 24 du Pacte de la SDN, l'ECOSOC a un rôle de coordination et de coopération et non d'assujettissement des institutions spécialisées. Ce système de coordination, pourtant assez simple, n'a pas été efficace dans les faits. Déjà en 1948, les premières difficultés surgirent et donnèrent lieu à toute une série de mesures qui ne firent que compliquer encore plus le mécanisme.¹¹

Malgré cet échec de coordination, il est indéniable que, à l'époque de l'élaboration de la Charte, il y avait une volonté d'instaurer une unité parmi les organisations internationales qui reflétait le besoin d'objectifs universels après la seconde guerre mondiale.

1.2 L'Accord de 1945 entre les Nations Unies et l'OIT

En 1945, les Nations Unies et l'OIT conclurent un accord par lequel l'OIT était reconnue comme une institution spécialisée des Nations Unies, responsable des activités rentrant dans le cadre de ses compétences telles que définies par sa Constitution¹². Des dispositions ont été prises pour qu'il y ait une représentation mutuelle de chaque organisation dans les organes de l'autre, sans droit de vote. Selon l'article IV de l'Accord, l'OIT s'engage à réaliser des consultations avec l'ECOSOC tenant ainsi compte des objectifs inscrits à l'article 55 de la Charte et des fonctions de l'ECOSOC. En vertu de ce même article, l'OIT affirme son intention de coopérer afin de parvenir à une coordination plus effective entre institutions spécialisées et les Nations Unies.

La reconnaissance de l'OIT au sein du système des Nations Unies allait connaître une consécration éclatante dans le domaine de la liberté syndicale et un échec non moins éclatant dans son rapport avec le commerce international.

reliées à l'organisation par l'entremise (du Conseil) afin que leurs activités soient coordonnées. Une telle liaison serait établie par accord avec les organisations spécialisées. Il n'est pas question de prendre emprise sur elles, mais il est clair que leurs fonctions seront parfois susceptibles de se chevaucher, et qu'il pourrait être opportun de disposer d'une autorité en mesure de trancher des questions de compétence»; voir Cot et Pellet, *op.cit.*, *supra* note 9, p. 904. Cf. aussi United Nations «*The Economic and Social Council, reference pamphlet n° 2*», Lake Success, New York, 1949.

¹¹ Voir Cot et Pellet, *op.cit.*, *supra* note 9, pp. 915-922.

¹² Voir *Agreements concluded between the International Labour Organisation and Other International Intergovernmental Organisations*, ILO, vol. 1. L'Accord est entré en vigueur l'année suivante.

1.3 Rapport entre l'OIT et l'ECOSOC: première reconnaissance dans le domaine de la liberté syndicale

En 1947, dans le cadre de la discussion de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et des Pactes des Droits de l'Homme au sein des Nations Unies, un échange des vues a eu lieu entre l'OIT et l'ECOSOC sur la protection des droits syndicaux et de négociation collective. Les deux organisations avaient un intérêt à traiter le sujet: l'une (l'ONU) dans le cadre de la protection générale des droits de l'homme et l'autre (l'OIT) en tant qu'organisation à caractère tripartite pour laquelle le respect de la liberté syndicale est la condition même de sa propre existence. Les deux organisations étant compétentes, il fallait donc décider dans le cadre de quelle organisation les négociations auraient lieu et de qui dépendraient les éventuels organes de contrôle créés. L'OIT avait commencé à étudier la question depuis 1921, année au cours de laquelle la première convention concernant la liberté syndicale fût élaborée.¹³ De son côté, la Charte des Nations Unies de 1945 avait institué un mécanisme de protection des droits de l'homme qui concernait la totalité de ces droits y compris la liberté syndicale, l'Assemblée générale et le Conseil économique et social (ECOSOC) étant les organes de contrôle chargés de la protection de ces droits.

A la demande de l'ECOSOC et suite à des propositions de la Fédération syndicale mondiale (FSM) et de l'American Federation of Labour (AFL),¹⁴ la question de la liberté syndicale a été finalement inscrite à l'ordre du jour de la Conférence internationale du Travail de l'OIT de 1947, donnant lieu ainsi à l'adoption des conventions n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, et n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949, et puis à la création de deux organes chargés de traiter de toutes les questions concernant la liberté syndicale: la Commission d'investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale en 1950 et le Comité de la liberté syndicale l'année suivante. La compétence de ces deux organes se fonde non seulement sur les conventions en matière de liberté syndicale mais aussi, et surtout, sur la Constitution de l'OIT, ce qui permet leur intervention même dans les cas de non-ratification des conventions pertinentes par l'Etat contre lequel une plainte a été déposée.

Par la résolution n° 277 de 1950, le Conseil économique et social entérina la décision de l'OIT de créer la Commission d'investigation et conciliation, accepta les services de ladite commission et s'engagea à transmettre toutes les plaintes

¹³ Voir convention n° 11 sur le droit d'association (agriculture) de 1921.

¹⁴ Voir Projet de résolution soumis par la Fédération syndicale mondiale au Conseil économique et social concernant les garanties d'exercice et de développement du droit syndical (28 février 1947 E/C.2/28) et Mémoire et projet de résolution soumis par la Fédération américaine du travail au Conseil économique et social sur les garanties d'exercice et de développement du droit syndical (13 mars 1947 E/C.2/32) qui constituent des antécédents intéressants des conventions n°s 87 et 98.

relatives à des atteintes aux droits syndicaux présentées contre des Etats Membres des Nations Unies, même dans le cas où ceux-ci ne seraient pas membres de l'OIT. Dans ce cas, l'ECOSOC devait toutefois chercher à obtenir le consentement de l'Etat concerné avant de transmettre la plainte. «La procédure instituée par l'accord entre l'ECOSOC et l'OIT reconnaissait en quelque sorte le caractère universel et moralement contraignant des principes de la liberté syndicale inscrits dans la Constitution de l'OIT. En revanche, la procédure ne reconnaissait pas l'universalité du contrôle en matière de liberté syndicale puisque celui-ci ne s'appliquait d'une manière obligatoire qu'aux Etats ayant ratifié les conventions».¹⁵

La liberté syndicale est l'un des premiers exemples de la reconnaissance d'un droit fondamental des travailleurs comme valeur commune au système des Nations Unies et de la compétence de l'OIT pour en traiter.

1.4 La Charte de La Havane: premier échec dans la réalisation de la cohérence

Une autre tentative d'établir un système cohérent fondé sur la reconnaissance de la compétence de l'OIT, qui a cependant échoué, est celle de la création de l'Organisation internationale du Commerce (OIC). En 1946, l'ECOSOC convoqua une conférence à La Havane sur le commerce et l'emploi, avec l'objectif de promouvoir l'expansion de la production, des échanges et de la consommation des biens. Cette conférence eut lieu entre 1947 et 1948. La Charte de La Havane rédigée dans le cadre de cette conférence était supposée être l'acte constitutif de l'OIC qui ferait partie du système des Nations Unies; cette organisation ne vit jamais le jour.¹⁶ L'article 7 de cette Charte reconnaissait l'importance du respect des normes équitables du travail et soulignait que des conditions injustes de travail pouvaient causer des difficultés dans le commerce international. L'alinéa 2 de cet article invitait les Etats qui étaient aussi membres de l'OIT à coopérer avec celle-ci. L'alinéa 3, ce qui est encore plus intéressant, disposait que sur les questions relatives aux normes du travail dans l'établissement de relations commerciales justes l'OIC devrait consulter l'OIT et coopérer avec elle. Un manquement à l'article 7 donnait lieu à des consultations et des représentations conformément aux articles 94 et 95 de la même Charte.¹⁷ La Charte créait de

¹⁵ Voir Bernard Gernigon, «La protection de la liberté syndicale par l'OIT», *Revue belge de droit international*, vol. 33, 2000, pp. 12-25.

¹⁶ Voir Cot et Pellet, *op. cit.*, *supra* note 9, p. 903.

¹⁷ L'article 7 se lisait comme suit:

Normes de travail équitables

1. Les Etats membres reconnaissent que les mesures relatives à l'emploi doivent pleinement tenir compte des droits qui sont reconnus aux travailleurs par des déclarations, des conventions et des accords intergouvernementaux. Ils reconnaissent que tous les pays ont un intérêt commun à la

cette façon un lien entre le commerce et le travail avec une dimension sociale explicite¹⁸ qui ne fut pas reprise depuis lors. Son article 7 établissait un système cohérent, fondé sur le respect des normes fondamentales du travail et sur l'obligation des Etats Membres et de l'OIC de coopérer avec l'OIT.

Bien que la Charte de La Havane ne soit jamais entrée en vigueur, notamment en raison de l'absence de ratification par les Etats-Unis, elle a néanmoins servi de base au futur Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947 (GATT). En effet, le chapitre IV de la Charte a été repris dans l'Accord du GATT.

1.5 Le Sommet social de Copenhague: la reconnaissance au sein du système des Nations Unies

Bien que l'OIT existât depuis 1919, il fallut attendre le Sommet mondial pour le développement social, convoqué sous l'égide des Nations Unies en 1995, pour une reconnaissance multilatérale de l'autorité de l'OIT en matière de droits fondamentaux du travail. Ce sommet fit avant tout progresser la vision de l'OIT «de la fonction stratégique qui revient aux droits fondamentaux en vue d'assurer le parallélisme du développement économique et social».¹⁹ Ce faisant, les chefs d'Etats et de gouvernements s'engagèrent à «promouvoir le respect des conventions pertinentes de l'Organisation internationale du Travail, dont celles ayant trait à l'interdiction du travail forcé et du travail des enfants, à la liberté d'association, au droit de s'organiser et au droit de négociation collective, et au principe de la non-discrimination».²⁰ Qui plus est, et de manière remarquable, le Programme d'action du sommet, engagea les Etats qui n'étaient pas parties à ces conventions à «tenir compte des principes qui y [étaient] énoncés afin de réaliser une croissance économique soutenue et un développement véritablement durable».²¹

réalisation et au maintien de normes équitables de travail en rapport avec la productivité de la main-d'œuvre et, de ce fait, aux conditions de rémunération et de travail meilleures que cette productivité rend possibles. Les Etats membres reconnaissent que l'existence de conditions de travail non équitables, particulièrement dans les secteurs de la production travaillant pour l'exportation, crée des difficultés aux échanges internationaux. En conséquence, chaque Etat membre prendra toutes les mesures appropriées et pratiquement réalisables en vue de faire disparaître ces conditions sur son territoire.

2. Les Etats membres qui font également partie de l'Organisation internationale du Travail collaboreront avec cette Organisation, afin de mettre cet engagement à exécution.

3. Pour toutes les questions relatives aux normes de travail, qui pourraient lui être soumises conformément aux dispositions de l'article 94 ou de l'article 95, l'Organisation consultera l'Organisation internationale du Travail et collaborera avec elle.

¹⁸ Voir Francis Maupain, «Vers une dimension sociale dans la libéralisation des échanges internationaux: la dialectique OMC-OIT», *Revue française d'économie*, vol. 12, 1997, p. 22.

¹⁹ Voir Francis Maupain, «L'OIT, la justice sociale et la mondialisation», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 278, 1999, p. 265.

²⁰ Voir Engagement 3i) de la Déclaration de Copenhague sur le développement social, A/CONF.166/9, p. 16.

²¹ Voir Paragraphe 54b) du Programme d'action, A/CONF.166/9, p. 74.

2. *La reconnaissance multilatérale de l'OIT en dehors du système des Nations Unies*

2.1 L'Organisation mondiale du Commerce (OMC): le risque d'une évolution indépendante

L'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) de 1947 resta très discret sur la relation entre le commerce et le travail puisque seul le chapitre IV de la Charte de La Havane a été repris; l'article 7 dont il a été fait mention auparavant figurait au chapitre II. La relation plus étroite qui existait entre le travail et le commerce dans la Charte de La Havane n'a pas reçu la même acceptation lors de son examen dans le cadre du GATT. En fait, il n'en reste qu'une disposition tangentielle qui touche à l'interdiction du travail dans les prisons.²² Cette disposition peut s'expliquer soit par le souci d'interdire la commercialisation d'un produit obtenu à un prix inférieur à celui du marché, soit parce que l'on estimait déjà que fabriquer des produits meilleur marché de cette façon impliquait une certaine injustice. En outre, l'article XXXVIII, alinéa b), de l'Accord général se limite à faire une référence superficielle à l'établissement d'une collaboration avec les Nations Unies et les institutions spécialisées. Cela écarta la cohérence qui aurait pu exister. En effet, l'idée de créer, un mécanisme dans le domaine du commerce international, qui tienne compte du respect des normes fondamentales du travail en reconnaissant le rôle de l'OIT aurait pu engendrer un système cohérent.

Les Etats Unis et quelques Etats membres de l'Union européenne ont depuis lors essayé de réintroduire la relation entre le commerce et le travail par le biais d'une clause sociale à travers laquelle des sanctions commerciales seraient imposées aux pays exportateurs qui ne respecteraient pas des normes *minimum* de travail.²³ Le sujet a été abordé dans le cycle de Tokyo et plus abondamment au cycle d'Uruguay. Les Etats qui prônaient l'adoption d'une clause sociale voulaient transférer la question du rapport entre le commerce et le travail, du système volontariste de l'OIT au système plus contraignant du GATT. Ils se sont cependant heurtés à une forte opposition des pays en voie de développement qui soutenaient que cette initiative répondait à des fins protectionnistes²⁴.

La réunion de Marrakech montra en 1994 que les Etats favorables à l'adoption d'une clause sociale au sein de l'OMC n'avaient pas réussi une fois de plus à obtenir le consensus. Du reste, l'Accord de 1995 instituant l'OMC n'a pas

²² Voir Article XX alinéa e).

²³ Voir Virginia Leary, «Workers Rights and International Trade: the Social Clause (GATT, ILO, NAFTA, US laws)» dans J. Bhagwati et R.E. Hudec (eds.), *Fair Trade and Harmonization, prerequisite for free trade?*, MIT press, Cambridge, Massachusetts, p. 177 ss.

²⁴ Voir Steve Charnovitz, «L'influence des normes internationales du travail sur le système du commerce international», *Revue internationale du Travail*, vol. 126, 1987, pp. 635-655.

repris le mécanisme de coopération qui était prévu entre l'OIT et l'OIC dans la Charte de La Havane. Cet accord continue en fait le système du GATT de 1947. Son article V dispose ainsi que le Conseil général conclura des arrangements appropriés pour assurer une coopération efficace avec les autres organisations intergouvernementales qui ont des fonctions en rapport avec celles de l'OMC. Les rapports institutionnels entre l'OMC et l'OIT se limitent à cette disposition. Ces deux organisations n'ont en effet signé aucun accord. Toutefois, grâce à la Déclaration ministérielle de Singapour, la reconnaissance de la compétence de l'OIT dans le domaine des droits fondamentaux des travailleurs va s'ancren en plein paysage de l'OMC.

Avant Singapour, il faut mentionner une étude importante de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur le commerce, l'emploi et les normes du travail, parue en 1996.²⁵ Cette étude fit en quelque sorte le premier pas vers la reconnaissance de l'autorité de l'OIT en matière de droits fondamentaux des travailleurs en dehors du système des Nations Unies. Sur la lancée du sommet de Copenhague, l'OCDE identifia les normes fondamentales du travail comme normes pertinentes au débat sur le commerce et les normes du travail, tout en soulignant qu'elles étaient consacrées dans certaines conventions internationales du travail (à l'époque, l'OIT n'avait pas encore adopté la convention n° 182 sur les pires formes de travail des enfants, 1999). L'étude reconnaissait que l'OIT était le forum approprié pour la promotion des normes fondamentales du travail. Une seconde étude, publiée en 2000, évalua les conclusions de la première étude, à la lumière des événements intervenus depuis lors et notamment la Déclaration ministérielle de Singapour.²⁶

2.2 La Conférence ministérielle de Singapour: la reconnaissance de la communauté internationale

A l'approche de la première conférence ministérielle au sein de l'OMC à Singapour, en 1996, quelques Etats sont revenus à la charge avec la question de la clause sociale en proposant cette fois la création d'un groupe de travail sur la question de la protection des droits des travailleurs. Cela impliqua de laisser de côté tout le système des sanctions qui était au fond la raison pour laquelle la question de la protection des droits des travailleurs avait été ramenée au sein de l'OMC. Comme s'interroge Francis Maupain, si les sanctions n'étaient plus à l'ordre du jour, à quoi bon sortir le traitement de la question de son cadre naturel: l'OIT?²⁷

²⁵ Voir *Le commerce, l'emploi et les normes du travail: une étude sur les droits fondamentaux des travailleurs et l'échange international*, OCDE, 1996.

²⁶ Voir *Les échanges internationaux et les normes fondamentales du travail*, OCDE, 2000.

²⁷ Voir Maupain, *op.cit.*, *supra* note 18, p. 27.

La proposition de créer un groupe de travail sur la question de la protection des droits des travailleurs n'obtint pas non plus le consensus nécessaire. Toutefois, la Déclaration ministérielle qui fait référence à la question ne demeura pas sans conséquences pour l'OIT.²⁸

Le texte de la Déclaration est le suivant:

Nous renouvelons notre engagement d'observer les normes fondamentales du travail internationalement reconnues. L'Organisation internationale du Travail (OIT) est l'organe compétent pour établir ces normes et s'en occuper, et nous affirmons soutenir les activités qu'elle mène pour les promouvoir. Nous estimons que la croissance économique et le développement favorisés par une augmentation des échanges commerciaux et une libéralisation plus poussée du commerce contribuent à la promotion de ces normes. Nous rejetons l'usage des normes du travail à des fins protectionnistes et convenons que l'avantage comparatif des pays, en particulier des pays en développement à bas salaires, ne doit en aucune façon être remis en question. A cet égard, nous notons que les Secrétariats de l'OMC et de l'OIT continueront de collaborer comme ils le font actuellement.

Cette déclaration est intéressante à plus d'un titre. D'abord, il s'agit d'une déclaration souscrite par les Etats Membres de l'OMC (avec toutes les conséquences qu'une déclaration peut avoir en droit international).²⁹ Ensuite, par le biais de cette déclaration, les Etats se sont engagés à respecter les normes fondamentales du travail telles qu'établies par l'OIT. Il y a là une reconnaissance importante de l'OIT: c'est l'organisation spécialisée qui définit les normes internationales du travail, s'en occupe (ce qui pourrait se comprendre comme synonyme du contrôle de leur application) et les promeut. De plus, cette Déclaration reconnaît explicitement le lien existant entre le commerce international et les normes fondamentales du travail. Ce qui n'a pas été précisé, par contre, ce sont

²⁸ Voir Steve Charnovitz, «Trade, employment and labour standards: the OECD study and recent developments in the trade and labour standards debate», *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 11, 1997.

²⁹ Dans son arrêt de 1974 concernant l'*Affaire sur les essais nucléaires*, la Cour internationale de Justice affirme que «il est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Des déclarations de cette nature peuvent avoir et ont souvent un objet très précis. Quand l'Etat auteur de la déclaration entend être lié conformément à ses termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'Etat intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, même hors du cadre de négociations internationales, a un effet obligatoire. Dans ces conditions, aucune contrepartie n'est nécessaire pour que la déclaration prenne effet, non plus qu'une acceptation ultérieure ni même une réplique ou une réaction d'autres Etats, car cela serait incompatible avec la nature strictement unilatérale de l'acte juridique par lequel l'Etat s'est prononcé.» (paragr. 43).

les conséquences de ce lien. A la différence de la Charte de La Havane, rien est spécifié dans la Déclaration ministérielle de Singapour à ce sujet. Les Etats Membres de l'OMC sont restés, dans une certaine mesure, à mi-chemin entre, d'une part, l'établissement des sanctions, ce qui était l'objectif des Etats les plus développés, et d'autre part, l'absence de toute référence à un lien quelconque entre le commerce et la protection des droits des travailleurs, ce qui rejoignait la position des pays en voie de développement.

Pour faire bonne mesure, on doit rappeler que la déclaration rejette toute utilisation des normes internationales du travail à des fins protectionnistes et affirme le droit des pays en développement à bas salaires de profiter de leurs avantages comparatifs. Or, il se trouve que cette partie de la déclaration trouve son parallèle dans le chapeau de l'article XX du GATT de 1947 selon lequel: «Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures». L'article XX a été utilisé pour rejeter plusieurs exceptions présentées dans le cadre de la protection de l'environnement mais qui, en réalité, répondaient à un souci protectionniste.³⁰ Finalement, la déclaration exprime des vœux de collaboration mutuelle, vœux qui ont été renouvelés lors de la Déclaration ministérielle de Doha en 2001³¹ par le biais de la reconnaissance des travaux en cours à l'OIT sur la dimension sociale de la mondialisation.

L'existence ou non d'une clause sociale dans l'Accord sur le commerce et les tarifs douaniers excède le cadre de cette analyse. On pourrait toutefois se demander, en tenant compte de la teneur actuelle de l'article XX,³² s'il ne serait pas possible un jour d'élargir ledit article pour incorporer la protection

³⁰ Voir Gabrielle Marceau, «A call for coherence in international law, praises for the prohibitions against 'clinical isolation' in WTO dispute settlement», *Journal of World Trade*, vol. 33, 1999, pp. 87-152.

³¹ Cette déclaration se lit en partie: «Nous réitérons la déclaration que nous avons faite à la Conférence ministérielle de Singapour concernant les normes fondamentales du travail internationalement reconnues. Nous prenons note des travaux en cours à l'Organisation internationale du Travail (OIT) sur la dimension sociale de la mondialisation.»

³² Exceptions générales de l'article XX:

a) nécessaires à la protection de la moralité publique;
 b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux;
 c) se rapportant à l'importation ou à l'exportation de l'or ou de l'argent;
 d) nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent Accord, tels que, par exemple, les lois et règlements qui ont trait à l'application des mesures douanières, au maintien en vigueur des monopoles administrés conformément au paragraphe 4 de l'article II et à l'article XVII, à la protection des brevets, marques de fabrique et droits d'auteur et de reproduction et aux mesures propres à empêcher les pratiques de nature à induire en erreur;

des travailleurs, et plus spécifiquement le respect des normes fondamentales du travail. Le pari consiste à créer un mécanisme où le système commercial et le système de protection des normes fondamentales du travail formeront un tout cohérent où, même si l'harmonisation des dispositions nationales reste un objectif lointain, il y ait une reconnaissance mutuelle des deux institutions, basée sur l'affirmation du progrès social avec un commerce international respectueux des normes fondamentales du travail.³³ Ces normes devraient être utilisées tenant compte des avantages comparatifs des pays en développement à bas salaires et devraient être assorties de mécanismes appropriés afin d'éviter toute utilisation à des fins protectionnistes. Un tel mécanisme pourrait consister à faire dépendre l'application de l'article XX de la définition des normes fondamentales élaborées par l'OIT, ainsi que des conclusions de ses organes de contrôle. De la sorte, des mesures de sanction ne pourraient être utilisées tant que l'OIT n'aurait pas établi pleinement l'existence des violations des normes fondamentales.

A la lumière de ce qui précède, on peut dire qu'il existe aujourd'hui un socle juridique sur lequel repose la reconnaissance par la communauté internationale de l'autorité de l'OIT en matière de droits fondamentaux des travailleurs. Les deux déclarations du Sommet Copenhague et de la Conférence ministérielle de Singapour marquent à cet égard un tournant: elles emportent à la fois une adhésion aux droits fondamentaux des travailleurs et une reconnaissance de l'autorité y afférente de l'OIT. La communauté internationale ne tirera pas

e) se rapportant aux articles fabriqués dans les prisons;

f) imposées pour la protection de trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique;

g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales;

h) prises en exécution d'engagements contractés en vertu d'un accord intergouvernemental sur un produit de base qui est conforme aux critères soumis aux Parties contractantes et non désapprouvés par elles ou qui est lui-même soumis aux Parties contractantes et n'est pas désapprouvé par elles;

i) comportant des restrictions à l'exportation de matières premières produites à l'intérieur du pays et nécessaires pour assurer à une industrie nationale de transformation les quantités essentielles desdites matières premières pendant les périodes où le prix national en est maintenu au-dessous du prix mondial en exécution d'un plan gouvernemental de stabilisation, sous réserve que ces restrictions n'aient pas pour effet d'accroître les exportations ou de renforcer la protection accordée à cette industrie nationale et n'aillent pas à l'encontre des dispositions du présent Accord relatives à la non-discrimination;

j) essentielles à l'acquisition ou à la répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale; toutefois, lesdites mesures devront être compatibles avec le principe selon lequel toutes les parties contractantes ont droit à une part équitable de l'approvisionnement international de ces produits, et les mesures qui sont incompatibles avec les autres dispositions du présent Accord seront supprimées dès que les circonstances qui les ont motivées auront cessé d'exister. Les Parties contractantes examineront, le 30 juin 1960 au plus tard, s'il est nécessaire de maintenir la disposition du présent alinéa.

³³ Voir Maupain, *op. cit.*, *supra* note 18, p. 24 ss.

toutes les conséquences de son adhésion aux droits fondamentaux tant qu'une coordination idoine entre l'OIT et les autres organisations internationales ne se développera pas autour de la reconnaissance de l'autorité de l'OIT en la matière. On peut dire que jusqu'à présent, c'est surtout l'OIT qui a relevé ce défi.

3. *La réponse de l'OIT*

Une littérature abondante existant sur les actions menées par l'OIT sur la protection des droits fondamentaux des travailleurs dans le contexte de la mondialisation, seules quelques étapes majeures seront ici rappelées.

Le rapport du Directeur général de 1994 à l'occasion du 75^e anniversaire de l'OIT enclencha une réflexion en vue de «renforcer l'autorité de [l'OIT] dans le domaine des droits fondamentaux au travail»³⁴ pour répondre aux défis posés par la mondialisation. La «résolution concernant le 75^e anniversaire de l'OIT et son orientation future» adoptée par la Conférence internationale du Travail (CIT) soulignait en 1994 «l'importance particulière des conventions de l'OIT concernant les droits fondamentaux»³⁵, en se référant aux conventions n^{os} 87, 98, 100, 105 et 111. Immédiatement après la Conférence, le Conseil d'administration créa, à sa session de juin 1994, un Groupe de travail sur la dimension sociale du commerce international. A sa session suivante, en novembre 1994, il fut saisi d'un document qui suggérait que les droits fondamentaux des travailleurs, tels que consacrés dans les conventions visées par la résolution précitée de la Conférence pouvaient être des «outils essentiels au parallélisme des progrès [le développement économique et le progrès social]». ³⁶ L'OIT n'a donc pas attendu le Sommet de Copenhague pour identifier les conventions portant sur les droits fondamentaux des travailleurs. A partir de 1995, forte de la reconnaissance de la communauté internationale, l'OIT va concrétiser son action.

La campagne de promotion de la ratification des conventions fondamentales fut lancée par le Directeur général en mai 1995. Le 18 juin 1998, à sa 86^e session, la CIT adopta la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi. Ainsi que le souligne Francis Maupain, «avec le renfort de l'étude précitée de l'OCDE (en 1996) sur le plan économique et, sur le plan politique, celui de la déclaration des ministres de Singapour, l'OIT parvint ainsi en un temps record à relever le défi de proposer une solution plausible en vue de réaliser l'application universelle [des droits fondamentaux] sans

³⁴ Voir *Des valeurs à défendre, des changements à entreprendre*, Rapport du Directeur général, Conférence internationale du Travail, 81^e session, 1994, p. 51.

³⁵ Voir Conférence internationale du Travail, 81^e session, 1994, *Compte rendu des travaux*, p. 19/45.

³⁶ Voir Maupain, *op. cit.*, *supra* note 19, pp. 264-265.

faire appel à la coercition».³⁷ Le paragraphe 1 de la Déclaration rappelait que certaines conventions avaient été reconnues comme fondamentales «tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'Organisation». Son paragraphe 3 est particulièrement intéressant pour le propos de cet article. En effet, l'OIT devait aider ses Membres à respecter, promouvoir et réaliser les principes concernant les droits fondamentaux notamment en «encourageant d'autres organisations internationales avec lesquelles [elle] a établi des relations en vertu de l'article 12 de sa Constitution». La référence à l'article 12 avait été insérée notamment pour éviter que ne soit incluse parmi lesdites organisations l'OMC avec qui, comme on le sait, l'OIT n'avait pas conclu d'accord.

Le dernier développement auquel il convient de faire référence est le rapport de la Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation intitulé *Une mondialisation juste*.³⁸ Cette commission indépendante souligne qu'il «est essentiel d'intégrer la question du respect des normes fondamentales du travail dans un programme international de développement plus large et de renforcer la capacité de l'OIT à les promouvoir».³⁹ Faisant en quelque sorte écho au paragraphe 3 de la Déclaration de 1998, la commission interpelle les organisations internationales «compétentes» en leur rappelant qu'il leur incombe également de promouvoir les normes fondamentales du travail et de veiller à ce que leur action n'entrave pas l'application de ces droits. Dans son rapport à la 92^e session de la CIT, le Directeur général précise le rôle de l'OIT dans le cadre élaboré par la commission.⁴⁰ Pour ce qui est des relations de l'Organisation avec les autres organisations internationales, le Directeur général fixe des orientations. Tout en reconnaissant qu'il existe une coopération pour promouvoir les normes fondamentales du travail, il souligne qu'il reste aux organisations internationales «à évaluer leurs acquis, à faire le bilan des initiatives les plus fructueuses, à examiner les obstacles récurrents, à tirer des enseignements du passé pour orienter l'action future, à rechercher, dans une optique promotionnelle, d'autres modalités efficaces de coopération pour l'examen de ces questions. Il appartient à l'OIT, en sa qualité d'organisation qui met la promotion des droits de la personne et des droits du travail au service du développement économique et social, de poursuivre le débat sur ces questions avec les institutions partenaires».⁴¹ Les deux exemples concrets qui vont être analysés dans les développements qui suivent sont une contribution à ce débat.

³⁷ Voir Francis Maupain, «L'OIT devant le défi de la mondialisation – De la réglementation à la régulation internationale du travail?» dans *Maîtriser la mondialisation – La régulation sociale internationale*, Presses de sciences Po, 1999, p. 174.

³⁸ Voir Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation, *Une mondialisation juste. Créer des opportunités pour tous*, BIT, 2004.

³⁹ *Ibid.*, paragr. 426.

⁴⁰ Voir *Une mondialisation juste. Le rôle de l'OIT*, Rapport du Directeur général sur la Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation, BIT, 2004.

⁴¹ *Ibid.*, p. 54.

III. La coordination en matière de droits fondamentaux des travailleurs à l'épreuve des faits: le contraste entre le cas du Bélarus et le cas de la République de Corée dans le domaine de la liberté syndicale

La coordination entre l'OIT et l'OCDE sur la liberté syndicale en République de Corée est un des cas de coordination concrète parmi les plus développés entre l'OIT et une organisation extérieure au système des Nations Unies. Pour en prendre toute la mesure, on citera d'abord le cas de la liberté syndicale au Bélarus examiné par l'OIT et l'Union européenne.

1. Le respect de la liberté syndicale au Bélarus à la croisée des chemins du système de préférences généralisées (SPG) de l'Union européenne (UE) et du système de contrôle de l'OIT

1.1 Les limites de la reconnaissance explicite de l'autorité de l'OIT par l'UE: description succincte du SPG de l'UE

Il existe plusieurs sortes de SPG qui varient les uns des autres. Ils ont en commun toutefois d'être des dispositifs, en vertu desquels les pays en voie de développement se voient octroyer des préférences tarifaires s'ils remplissent certaines conditions, notamment en ce qui concerne leur niveau de développement général et sectoriel.⁴² Ces préférences sont volontairement octroyées, n'exigent pas la réciprocité et ont pour finalité le développement du pays bénéficiaire par le biais de ses exportations.⁴³

Ces dernières années, des nouvelles conditions ont été ajoutées par les pays ou organisations internationales octroyant les préférences, notamment dans le but d'inclure les normes fondamentales du travail. Il en est ainsi pour le système établi par l'UE qui prévoit un régime général de préférences auquel s'ajoute notamment un régime spécial d'encouragement à la protection des droits des travailleurs.

Les mesures spéciales d'encouragement à la protection des droits des travailleurs exigent l'application effective de toutes les normes reflétées dans la

⁴² Il est possible de trouver des pays, pour la plupart en voie de développement, qui ont quand même atteint un niveau de développement avancé dans certains secteurs. Dans ce cas-là, ces pays ne bénéficieront pas des préférences pour le commerce de ces produits dans lesquels ils sont aussi compétitifs que les autres.

⁴³ Voir George Tsogas, «Labour Standards and the Generalized Systems of Preferences of the European Union and the United States», *European Journal of Industrial Relations*, vol. 6, 2000, p. 351.

Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail de 1998. C'est donc une reconnaissance explicite de la compétence de l'OIT par l'UE qui fait écho en quelque sorte au paragraphe 3 déjà mentionné de la Déclaration de 1998. Cette reconnaissance n'est pas simplement une reconnaissance de principe puisqu'elle s'étend au système de contrôle de l'OIT. En effet, les commentaires et conclusions disponibles des différents organes de contrôle de l'OIT, y compris ceux rendus en vertu de l'article 33 de la Constitution de l'OIT,⁴⁴ doivent servir de point de départ tant à l'examen des demandes concernant les régimes spéciaux d'encouragement à la protection des droits des travailleurs qu'aux enquêtes examinant si un retrait temporaire est justifié en raison de la violation des conventions de l'OIT.⁴⁵ Le retrait temporaire doit être motivé par la violation grave et systématique des normes visées dans la Déclaration de l'OIT.⁴⁶

Plus spécifiquement, pour ce qui est des droits des travailleurs, le régime d'encouragement peut être accordé à un pays dont la législation incorpore les normes fixées dans les conventions fondamentales de l'OIT n^{os} 29 et 105 sur l'élimination du travail forcé, n^{os} 87 et 98 sur la liberté d'association et le droit de négociation collective, n^{os} 100 et 111 sur l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession, n^{os} 138 et 182 sur l'abolition du travail des enfants. Cet octroi exige en outre l'application effective de cette législation ou, à tout le moins, l'engagement du pays bénéficiaire dans un processus clair d'application d'une législation conforme aux normes internationales du travail. Dans ce dernier cas, le pays concerné peut bénéficier du régime pour une période limitée, pouvant être reconduite s'il justifie des progrès accomplis.

Toutefois, le retrait temporaire des régimes préférentiels introduit une gradation dans la violation en pratique des normes fondamentales de l'OIT. En

⁴⁴ L'article 33 dispose que «si un Membre quelconque ne se conforme pas dans le délai prescrit aux recommandations éventuellement contenues soit dans le rapport de la Commission d'enquête, soit dans la décision de la Cour internationale de Justice, selon le cas, le Conseil d'administration pourra recommander à la Conférence telle mesure qui lui paraîtra opportune pour assurer l'exécution de ces recommandations».

⁴⁵ Le SPG des Etats-Unis est différent. En effet, la «Trade and Tariff Act» de 1974 dispose que les bénéficiaires doivent respecter les «droits reconnus au niveau international» qui sont: la liberté d'association, la liberté de négociation collective, l'interdiction du travail forcé, l'interdiction du travail des enfants et des conditions acceptables en ce qui concerne le respect des salaires minimum, les heures de travail et la sécurité et l'hygiène au travail. La loi ne fait aucune référence aux normes fondamentales du travail de l'OIT et encore moins à ses mécanismes de contrôle. En outre, ce sont les autorités américaines elles-mêmes qui déterminent le contenu des normes à respecter et qui en contrôlent l'application. Il est vrai qu'il s'agit d'un régime volontaire et que, dans l'exercice de leur souveraineté, les Etats-Unis ont tout le droit d'imposer les conditions qu'ils estiment pertinentes.

⁴⁶ Voir texte consolidé produit par le système CONSLEG de l'Office des publications officielles des Communautés européennes-CONSLEG: 2001R2501-22/12/2003, Règlement (CE) 2501/2001 du Conseil du 10 décembre 2001 portant application d'un schéma de préférences tarifaires généralisées pour la période du 1^{er} janvier 2002 au 31 décembre 2004, n^{os} 18, 19 et 22 et articles 14 et 28.

effet, ce retrait aura lieu, dans les cas de toute forme d'esclavage ou de travail forcé. En revanche, il n'interviendra qu'en cas de violation grave et systématique des autres droits fondamentaux et notamment de la liberté syndicale et du droit de négociation collective. Il y a donc là une incohérence avec la Déclaration de 1998 qui ne fait aucune distinction entre les droits fondamentaux. Au plan législatif, les régimes peuvent aussi être retirés quand la législation nationale n'incorpore plus les normes fondamentales du travail mentionnées ou le pays bénéficiaire ne respecte pas son engagement de les appliquer.

Enfin, on soulignera le rôle important des organisations de travailleurs, dans la mise en œuvre des SPG. Ce sont elles qui dénoncent les violations auprès des organes chargés d'évaluer le respect par un pays de ces normes⁴⁷.

1.2 Les violations de la liberté syndicale au Bélarus

L'Union européenne s'est retrouvée saisie de la question de la liberté syndicale au Bélarus, sur fond de négation des libertés civiles fondamentales au niveau national, alors que les organes de contrôle de l'OIT avaient identifié depuis un certain temps de nombreuses et graves violations. Les organisations syndicales internationales, entre autres, ont demandé que des mesures soient prises pour forcer le gouvernement à respecter les droits civils fondamentaux en général et la liberté syndicale en particulier; ces mesures visaient tout particulièrement la suspension du SPG. Les Etats-Unis avaient du reste déjà décidé de retirer le Bélarus de leur programme de préférence commerciale, en raison du non-respect des droits des syndicats et de la dissolution des syndicats indépendants.

Au sein de l'OIT, la liberté syndicale au Bélarus faisait l'objet depuis longtemps d'un examen par l'ensemble des organes de contrôle en raison du non-respect des conventions nos 87 et 98 que le pays a ratifiées.⁴⁸

Les problèmes relatifs au respect de la liberté syndicale au Bélarus comportent un volet législatif et un volet pratique qui peuvent être résumés comme suit. Sur le plan législatif, on mentionnera le décret présidentiel n° 2 de janvier 1999 qui réglemente de façon très détaillée la constitution et l'enregistrement des organisations syndicales. Les organisations syndicales existantes ont l'obligation de se ré-enregistrer en se conformant aux conditions exigeantes fixées par le décret. Le

⁴⁷ Par exemple, la Confédération internationale des syndicats libres (CISL), la European Trade Union Confederation (ETUC), the International Textile, Garment and Leather Workers Federation (ITGLWF) et la European Trade Union Committee/Textiles Clothing And Leather (ETUC/TCL) ont dénoncé le recours au travail forcé par le Pakistan en 1995. De même, la CISL et l'ETUC ont dénoncé le Myanmar pour l'utilisation du travail forcé ce qui a donné lieu à l'interruption du SPG pour le Myanmar en 1997; voir Tsogas, *op. cit.*, *supra* note 43, p. 362.

⁴⁸ Le Bélarus est Membre de l'OIT depuis 1954 et a ratifié les conventions nos 87 et 98 le 6 novembre 1956.

non-respect de ses dispositions entraîne leur dissolution. D'autres restrictions législatives découlent du décret présidentiel n° 8 de mars 2001 portant sur plusieurs mesures relatives à la réception et à l'utilisation de l'aide financière étrangère et du décret présidentiel n° 11 de mai 2001 relatif à la procédure régissant l'organisation de réunions, de rassemblements, de défilés de rue et autres manifestations de masse et de piquets de grève. Les questions d'ordre pratique concernent des cas graves d'ingérence du gouvernement dans les élections syndicales et les activités syndicales en général, ainsi que le licenciement et l'emprisonnement des dirigeants syndicaux trop ouvertement opposés à la politique du gouvernement. Les allégations de violation de la liberté syndicale ont été examinées par le Comité de la liberté syndicale à plusieurs reprises depuis 2001, à la suite de plaintes déposées en juin 2000.⁴⁹ Deux missions de contacts directs de l'OIT ont d'ailleurs eu lieu au Bélarus en octobre 2001 et septembre 2003 sans déboucher sur le moindre progrès. Enfin, à la lumière des commentaires de la Commission d'experts sur l'application des conventions et des recommandations, le gouvernement a dû s'expliquer devant la Commission de l'application des normes de la Conférence à deux reprises en 2001 et 2003. En 2001, la commission de l'application attirait l'attention de la Conférence sur les discussions qu'elle avait eues au sujet de l'application de la convention n° 87 par le Bélarus⁵⁰ et, en 2003, le cas était cité comme un cas «de défaut continu d'application».⁵¹

En juin 2003, la mise en œuvre des procédures de contrôle atteignit un degré supplémentaire. En effet, lors de la 91^e session de la Conférence internationale du Travail, en juin 2003, les délégués travailleurs ont présenté une plainte au titre de l'article 26, paragraphe 3, de la Constitution de l'OIT. Cette plainte donna lieu au renvoi de toutes les allégations en instance à une commission d'enquête créée par le Conseil d'administration en novembre 2003.⁵²

En même temps, au sein de l'Union européenne, la question du non-respect des libertés fondamentales par le Bélarus fut à l'origine d'une résolution du Parlement européen en novembre 2003. Cette résolution portait sur toutes les

⁴⁹ Le Comité a en effet examiné le cas du Bélarus (cas n° 2090) à plusieurs reprises et a présenté dans tous les cas des recommandations provisoires (voir 324^e rapport, *Bulletin officiel*, vol. 84, 2001, Série B, n° 1, paragr. 133 à 218; 325^e rapport, *Bulletin officiel*, vol. 84, 2001, Série B, n° 2, paragr. 111-181; 326^e rapport, *Bulletin officiel*, vol. 84, 2001, Série B, n° 3, paragr. 210-244; 329^e rapport, *Bulletin officiel*, vol. 85, 2002, Série B, n° 3, paragr. 217-281; 330^e rapport, *Bulletin officiel*, vol. 86, 2003, Série B, n° 1, paragr. 207-238; 331^e rapport, *Bulletin officiel*, vol. 86, 2003, Série B, n° 2, paragr. 122-168; 332^e rapport, *Bulletin officiel*, vol. 86, 2003, Série B, n° 3, paragr. 301-362.

⁵⁰ Voir Conférence internationale du Travail, 89^e session, 2001, *Compte rendu des travaux*, vol. II, p. 19/68, paragr. 231.

⁵¹ Voir Conférence internationale du Travail, 91^e session, 2003, *Compte rendu des travaux*, vol. II, pp. 24/50 et 24/53, paragr. 190 et 196.

⁵² Voir 332^e rapport du Comité de la liberté syndicale, paragr. 362 j) où le Comité recommande le renvoi des questions pendantes à une commission d'enquête et la décision du Conseil d'administration de nommer ladite commission en novembre de 2003 (GB.288/8 et GB.289/1).

violations des droits de l'homme depuis 1997 et condamnait la politique autoritaire du gouvernement et du Président.⁵³ Elle demandait aussi à la Commission européenne de déclencher une enquête sur la liberté syndicale, en vue de décider de la suspension temporaire du SPG. La Confédération internationale des syndicales libres (CISL), la Confédération européenne de syndicats et la Confédération mondiale du Travail (CMT) firent pression en ce sens en soumettant de nombreuses informations sur les violations des droits syndicaux. Dans un communiqué de presse du 7 janvier 2004, la Commission européenne annonçait sa décision d'effectuer une enquête sur les violations de la liberté syndicale qui, si elles étaient établies, pourraient donner lieu à la suspension du SPG.⁵⁴ Elle créa à cette fin une commission. La commission de l'UE fut instituée avec une composition de même nature que celle de la commission d'enquête de l'OIT et, de surcroît, des compétences analogues. Cette enquête de l'Union européenne devait durer six mois. Le rapport de la commission de l'UE sera finalement rendu en septembre prochain.

Comme on l'a vu, cette commission d'enquête de l'UE doit, notamment, partir des conclusions de la commission d'enquête de l'OIT. Or ceci sera difficilement réalisable puisque les deux commissions fonctionnent simultanément et devraient rendre leurs rapports à peu près en même temps. A ce stade, il n'est pas possible d'analyser les raisons qui ont conduit l'UE à instituer sa propre commission, ni les conséquences qui pourraient résulter de conclusions différentes, voire contradictoires. Cela pose toutefois un certain nombre de questions sur la coordination entre l'UE et l'OIT, alors que la première reconnaît explicitement dans ses textes la compétence de la seconde en matière de droits fondamentaux des travailleurs et que cette reconnaissance s'étend aux mécanismes de contrôle de l'OIT.

2. Une question d'intérêt commun à l'OIT et l'OCDE: la liberté syndicale en République de Corée

La question de la liberté syndicale en République de Corée a conduit à la mise sur pied d'une coordination unique en son genre qui consacre de manière effective l'autorité externe de l'OIT en dehors du système des Nations Unies. Dans ce cas, l'OCDE a adopté une attitude différente de celle de l'UE quand bien même elle ne disposait d'aucune compétence explicite dans le domaine de la liberté syndicale et qu'il n'était fait dans ses règles internes aucun renvoi à l'OIT et aux normes internationales du travail.

⁵³ Voir Minutes du Parlement européen du 2 novembre 2003, European Parliament resolution on relations between the European Union and Belarus: towards a future partnership (2002/2164 (INI)).

⁵⁴ Voir http://trade-info.cec.eu.int/doclib/docs2004/january/tradoc_115531.pdf

2.1 La saisine naturelle de l'OIT suivie de la saisine exceptionnelle de l'OCDE

i) Le contexte national: des violations graves engendrées par une orthodoxie législative

Les bases législatives du système des relations professionnelles de la République de Corée furent jetées en 1953 avec, entre autres, l'adoption de la loi sur les syndicats et la loi sur le règlement des conflits du travail.⁵⁵ Dans les années 60, la croissance économique fut placée au centre de la politique nationale et progressa rapidement. Cette philosophie, sur fond de dictature militaire, contribua «à l'instauration de relations professionnelles sur un mode autoritaire».⁵⁶ Jusqu'à l'avènement de la démocratie, ce système se maintint sans causer de rupture majeure entre employeurs et travailleurs. Cette stabilité était notamment entretenue par une législation du travail restrictive visant à minimiser l'influence des syndicats, à telle enseigne qu'elle excluait le pluralisme syndical à tous les niveaux. Il n'existait donc qu'une seule organisation nationale, la Fédération des syndicats coréens (FKTU). Par ailleurs, les fonctionnaires et les enseignants étaient exclus de l'exercice du droit syndical. Enfin, la loi interdisait aux tiers d'intervenir dans les négociations collectives et les conflits du travail. Les effets de cette interdiction se révèleront surtout lorsque de nouveaux syndicats se créeront dans le cadre de la démocratisation du pays et que les autorités décideront sur cette base de poursuivre et d'emprisonner des syndicalistes venus apporter leur soutien au syndicat local. Ces restrictions allaient de pair avec un renforcement des prérogatives de la direction au niveau de l'entreprise de telle sorte que la négociation collective «n'avait guère de place».⁵⁷

L'avènement d'une nouvelle génération de travailleurs, et surtout le processus de démocratisation du pays enclenché en 1987, bouleversa cet équilibre. Les travailleurs arrivés sur le marché du travail dans les années 80, refusant les sacrifices consentis par leurs aînés en faveur de la croissance économique, s'élevèrent contre le système des relations professionnelles. Cette opposition se traduisit par une explosion du nombre des organisations syndicales et des conflits sociaux dès juillet-août 1987. C'est dans ce contexte qu'un «camp démocratique» de syndicats se forma et aboutit, le 11 novembre 1995, à la création face à la FKTU d'une autre organisation nationale, la Confédération coréenne des syndicats (KCTU).⁵⁸ Sur le plan législatif, toutefois, le pluralisme syndical était loin de connaître des avancées aussi importantes puisque, jusqu'en 1997,

⁵⁵ Voir *Approfondir les réformes en Corée – Politiques du marché du travail et protection sociale*, OCDE, 2000, p. 48.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Pour plus de détails sur la création des organisations syndicales en dehors de la «structure FKTU», voir notamment Richard Dicker, «South Korea labor rights violations under democratic rule», *University of California Pacific Basin Law Journal*, vol. 14, 1996, pp. 8-10.

il devait être exclu de la législation nationale à tous les niveaux, plaçant ainsi les nouvelles organisations syndicales dans une situation illégale. La croissance économique restait au centre de la politique nationale. Des réformes furent mises en œuvre pour assouplir les réglementations nationales, favoriser les investissements étrangers et promouvoir la concurrence. Les changements socio-économiques, la multiplication d'organisations indépendantes et le maintien d'une législation du travail très restrictive, justifiant une attitude répressive des autorités à l'égard des nouvelles organisations de travailleurs, provoquèrent une vague de conflits sociaux dans les années quatre-vingt-dix. La police intervenait très souvent dans ces conflits, ce qui débouchait sur des arrestations et des emprisonnements de syndicalistes.

ii) L'entrée en scène de l'OIT par le biais de sa procédure de contrôle spéciale

L'internationalisation des revendications des syndicalistes coréens eut lieu notamment grâce à la mobilisation des organisations syndicales internationales. Avant que le pays ne devienne formellement Membre de l'OIT,⁵⁹ le mouvement syndical international alerta l'organisation sur la situation des droits des travailleurs afin qu'elle exerce une certaine pression qui ne pouvait cependant qu'être très limitée.⁶⁰ Après 1987, le gouvernement accéléra les démarches pour devenir membre de l'ONU et de l'OIT, dans le but de rehausser son image internationale et marquer ainsi sa différence avec la République populaire démocratique de Corée.⁶¹ Les deux Etats furent admis en même temps à l'ONU le 17 septembre 1991. En revanche, la République de Corée fit seule son entrée au sein de l'OIT le 9 décembre 1991.

La première plainte formelle pour violation des droits syndicaux devant le comité de la liberté syndicale, le cas n° 1629, ne tarda pas et fut soumise le 3 mars 1992, trois mois après l'admission de la République de Corée à l'OIT. Le pays n'avait pas ratifié les conventions n°s 87 et 98. Le Congrès des syndicats de Corée (KTUC)⁶² et le Syndicat des enseignants et des travailleurs de l'éducation de Corée (CHUNKYOJO) étaient les parties plaignantes nationales. Des organisations syndicales internationales présentèrent des allégations ou s'associèrent

⁵⁹ Avant 1987, la République de Corée était membre d'un certain nombre d'organisations internationales et d'institutions spécialisées du système des Nations Unies mais elle n'était membre ni de l'ONU et ni de l'OIT.

⁶⁰ Il est vrai que déjà en 1982, la République de Corée avait demandé au Directeur général «à être invitée à se faire représenter par une délégation d'observateurs à la 68^e session de la Conférence» (voir doc. GB.219/16/22). Cette demande devait être acceptée par le Conseil d'administration pour la 68^e session et d'autres sessions de la Conférence internationale du Travail à chaque fois qu'elle fut renouvelée par la République de Corée.

⁶¹ Voir James R. Schiffman, «Seoul's effort to enter ILO is expected to benefit labor», *Wall Street Journal*, 19 novembre 1984.

⁶² Cette organisation va plus tard fusionner avec une autre organisation pour donner naissance à la Confédération coréenne des syndicats (KCTU), le 11 novembre 1995.

simplement à la plainte.⁶³ L'impact du comité dans l'examen de ce cas, aujourd'hui clos,⁶⁴ a été avant tout d'ordre pratique et plutôt ponctuel. Certes, tous les syndicalistes dont les arrestations avaient été portées à l'attention du comité furent libérés soit directement à sa demande soit avant qu'il n'en fasse la demande permettant ainsi au gouvernement de se prévaloir de ces libérations au cours de la procédure. Toutefois, pour ce qui est de la reconnaissance des organisations syndicales nouvellement créées et des modifications législatives, aucune avancée concrète ne fut réalisée. A plusieurs reprises, le comité rappela au gouvernement que l'assistance technique du Bureau était à sa disposition pour réformer la législation. Ce rappel demeura sans effet.

L'absence de mesure à long terme exacerba le conflit entre le gouvernement et les organisations syndicales nationales, conflit qui culmina avec l'arrestation en novembre 1995 du président de la toute nouvelle KCTU dont l'enregistrement venait d'être refusé par les autorités nationales. Etant donné la situation nationale et la très forte mobilisation au niveau international, alimentée il faut le souligner par un grand activisme des organisations syndicales nationales, une autre plainte, le cas n° 1865, fut déposée le 14 décembre 1995 devant le Comité de la liberté syndicale par la KCTU et la Fédération des travailleurs de l'industrie automobile de Corée (KAWF). Cinq organisations syndicales internationales s'associèrent à la plainte. Le premier examen⁶⁵ d'une longue série, qui à ce jour se poursuit encore, a été effectué à la session de mai-juin 1996 du comité, soit quelques mois avant l'admission de la République de Corée au sein de l'OCDE. La plainte portait notamment sur le refus du ministère du Travail d'enregistrer la KCTU et, par ricochet, un certain nombre de ses organisations affiliées, dont le Syndicat des enseignants et des travailleurs de l'éducation de Corée (CHUNKYOJO). Le comité demanda expressément au gouvernement l'enregistrement de toutes ces organisations et attira son attention sur un certain nombre de dispositions de la loi sur les syndicats et la loi sur le règlement des

⁶³ Au moment du dépôt de la plainte, la République de Corée n'avait ratifié aucune des conventions relatives à la liberté syndicale et les organisations syndicales nationales plaignantes n'étaient pas reconnues comme étant des organisations syndicales légales au niveau national. On sait déjà qu'une plainte pour violation des droits syndicaux peut être déposée devant le comité quand bien même le gouvernement intéressé n'a pas ratifié les conventions pertinentes. En ce qui concerne la recevabilité de la plainte, le Comité de la liberté syndicale n'est pas lié par les définitions nationales et la reconnaissance (ou son absence) de l'organisation par les autorités nationales. Comme un connaisseur averti de la procédure l'a souligné: « une procédure qui ne serait ouverte qu'aux syndicats officiellement reconnus n'aurait que peu de signification, notamment dans les pays où il existe un syndicalisme unique inféodé au pouvoir »; voir Gernigon, *op. cit.*, *supra* note 15, p. 19.

⁶⁴ Le Comité de la liberté syndicale a examiné ce cas cinq fois; voir 286^e rapport, *Bulletin officiel*, vol. 76, 1993, Série B, n° 1, paragr. 514-575; 291^e rapport, *Bulletin officiel*, vol. 76, 1993, Série B, n° 3, paragr. 395-577; 294^e rapport, *Bulletin officiel*, vol. 77, 1994, Série B, n° 2, paragr. 218-274; 297^e rapport, *Bulletin officiel*, vol. 78, 1995, Série B, n° 1, paragr. 23; 304^e rapport, *Bulletin officiel*, vol. 79, 1996, Série B, n° 2, paragr. 12.

⁶⁵ Voir 304^e rapport, *op. cit.*, paragr. 221-254.

conflits de travail qui devaient être modifiées. Juste avant la réunion du comité, le gouvernement avait annoncé la création de la Commission présidentielle de la réforme des relations professionnelles chargée de remettre un rapport au gouvernement, sur la base duquel une révision de la législation du travail pourrait être entamée. La création de cette commission intervint à la même époque que la visite du Secrétaire général de l'OCDE à Séoul en avril 1996 pour discuter des conditions de l'adhésion de la République de Corée à l'OCDE.

iii) L'intervention inopinée de l'OCDE: de l'engagement pris par la République de Corée à la mise en place d'un mécanisme de suivi

La mobilisation ayant conduit à la saisine du Comité de la liberté syndicale de l'OIT gagna les démarches effectuées par la République de Corée pour devenir membre de l'OCDE. L'OCDE n'a, en vertu de son traité fondateur, aucune compétence explicite en matière de droits fondamentaux des travailleurs en général et de liberté syndicale en particulier. Il était donc a priori difficile de concevoir que la liberté syndicale puisse faire partie des obligations inhérentes à la qualité de membre de l'OCDE au même titre qu'à l'OIT. A cet égard, un auteur fait remarquer: «Interestingly, the legal basis for requiring core labor rights as a precondition for OECD membership is unclear [...] the OECD Convention creating the organization is silent regarding democracy and human rights [...] At a certain level, though, the lack of a firm legal basis requiring respect for core labor rights is irrelevant. Since a consensus vote by the Council of Ministers is required, the final decision for OECD accession is explicitly political. Thus if a group of countries demands adherence to certain requirements for accession, that becomes a mandatory requirement in practice if not on paper».⁶⁶

L'article 16 de la Convention relative à l'OCDE dispose que «le Conseil peut décider d'inviter tout Gouvernement prêt à assumer les obligations de membre, à adhérer à la présente Convention. Cette décision doit être prise à l'unanimité».⁶⁷ Or la décision du Conseil doit être compatible avec le traité fondateur qui est le socle juridique sur lequel repose la détermination des «obligations de membre». A cet égard, il faut tenir compte du fait qu'il a été élaboré lors de la guerre froide, ce qui explique sans doute que pendant un certain temps l'OCDE ait eu d'autres priorités que d'ériger les droits de l'homme en une valeur commune à tous ses membres. Toutefois, la guerre froide étant révolue et la «révolution» des droits de l'homme ayant eu lieu,⁶⁸ le préambule de la convention semble contenir des termes qui pourraient constituer un fondement juridique acceptable à la prise en compte des droits fondamentaux des travailleurs, dans la détermination des

⁶⁶ Voir James Salzman, «Labor rights, globalization and institutions: the role and influence of the Organization for Economic Cooperation and Development», *Michigan Journal of International Law*, vol. 21, 2000, pp. 16-17.

⁶⁷ Texte disponible à <http://www.ocde.org/document/>

⁶⁸ Voir Dupuy, *op. cit.*, *supra* note 5, pp. 36, 414-418.

obligations inhérentes à la qualité de membre.⁶⁹ Cette approche est confortée par deux déclarations du Conseil de l'OCDE. En 1990, le Conseil ministériel de l'OCDE proclama pour la première fois les valeurs communes aux pays membres de l'OCDE en citant le pluralisme démocratique et le respect des droits de l'homme, dont les droits fondamentaux des travailleurs sont la traduction dans le domaine social, aux côtés d'une économie de marché compétitive. Ces principes furent réaffirmés en 1992.⁷⁰

En fait, la compatibilité avec le traité fondateur dépend de la manière dont ces droits fondamentaux vont faire partie des obligations découlant de la qualité de membre de l'OCDE. Une double limite surgit à cet égard, en l'absence d'une disposition expresse dans la Convention relative à l'OCDE ou de règles fixant des critères précis d'adhésion. D'une part, il est difficile de faire du respect des droits fondamentaux des travailleurs une condition d'adhésion. De fait, ce respect n'est pas un préalable à l'admission au sein de l'OIT, et on ne saurait demander que l'OCDE fasse preuve de plus de zèle. D'autre part, il est également risqué du point de vue de l'égalité entre les pays candidats à l'OCDE que le Conseil exige d'un seul pays qu'il respecte les droits fondamentaux des travailleurs. Or la République de Corée représente un cas unique à cet égard bien qu'à peu près en même temps qu'elle, d'autres pays étaient admis au sein de l'OCDE. Au moment de son adhésion, en effet, la République tchèque, la Hongrie et la Pologne venaient de devenir membres de l'OCDE sans que la question du respect des droits fondamentaux des travailleurs se fût posée.⁷¹ Qui plus est l'adhésion du Mexique à l'OCDE était intervenue le 18 mai 1994, sans que lui fussent opposés les assez sérieux problèmes que présentait, au regard de la liberté syndicale, sa législation applicable aux travailleurs au service de l'Etat. En fait, le Mexique bénéficia à l'époque d'une procédure d'adhésion extrêmement informelle.⁷² Les adhésions ultérieures

⁶⁹ On ne saurait se livrer à l'exégèse du traité fondateur mais on relèvera tout de même dans le préambule de la convention les mentions suivantes: «La puissance et la prospérité de l'économie sont essentielles pour atteindre les buts des Nations Unies, sauvegarder les libertés individuelles et accroître le bien-être général» ou encore «améliorer le bien-être économique et social de leurs peuples». Le bien-être social des peuples ne nous semble pas concevable si les droits fondamentaux des travailleurs ne sont pas au moins garantis.

⁷⁰ Voir *Korea and the OECD – The social dimension of economic dimension, TUAC-OECD*, March 1996, p. 13 et Dicker, *op. cit.*, *supra* note 58, p. 29.

⁷¹ Ces pays sont devenus membres aux dates suivantes: le 21 décembre 1995 pour la République tchèque, le 7 mai 1996 pour la Hongrie et le 22 novembre 1996 pour la Pologne.

⁷² Sa candidature était très fortement appuyée par les Etats-Unis et c'était le premier pays d'une nouvelle vague de candidats. Son adhésion s'opéra par le biais de conversations informelles et ne fit l'objet d'aucun examen systématique. Des préoccupations s'exprimèrent au sujet du caractère par trop informel de cette adhésion; voir Salzman, *op. cit.*, *supra* note 66, p. 48. L'auteur ajoute même que «apparently, the U.S. Treasury Secretary's announcement of Mexico's ability to join had not been cleared (or agreed to by) other governments». Lors de l'entretien que nous avons eu à l'OCDE, il nous a été indiqué que, à l'époque, le secrétaire général de la Commission syndicale consultative, représentante du mouvement syndical à l'OCDE, s'était plaint de n'avoir pas été en mesure d'exprimer pleinement le point de vue du mouvement syndical sur l'adhésion du Mexique.

interviennent selon l'actuelle procédure plus formelle et structurée. Toutefois, cette procédure demeure souple et tient compte de la spécificité de chaque pays. C'est en partie cette souplesse qui permet un traitement particulier de la République de Corée au regard des droits fondamentaux. En l'absence d'un fondement juridique clair préétabli, le Conseil de l'OCDE ne va pas imposer des obligations juridiques particulières à la République de Corée mais plutôt l'amener à créer elle-même ses propres obligations en tant que membre de l'OCDE au regard des droits fondamentaux des travailleurs. Pour la même raison, l'OCDE ne pourra que se limiter à instaurer un moyen de pression supplémentaire au niveau international.⁷³

Deux facteurs principaux ont déclenché l'intervention de l'OCDE sur la question de la législation du travail de la République de Corée. En premier lieu, la mobilisation des organisations internationales syndicales a bénéficié d'un ancrage institutionnel au sein de l'OCDE qui a permis que la question soit traitée au plus haut niveau politique de l'organisation. On se réfère ici à la Commission syndicale consultative auprès de l'OCDE (connue sous son acronyme anglais – TUAC) qui est la représentante formelle des organisations syndicales auprès de cette organisation.⁷⁴ La TUAC participe à des réunions des comités souvent avec le statut d'observateur actif, a des entretiens périodiques avec le secrétariat de l'organisation, et communique régulièrement avec les délégations des Etats membres auprès de l'organisation.⁷⁵ La TUAC va donc constituer un formidable levier pour lier la question des droits des travailleurs à l'admission de la République de Corée au sein de l'organisation. A cet égard, il ne faut pas non plus sous-estimer l'autre aspect de ce facteur institutionnel: les plaintes devant le Comité de la liberté syndicale de l'OIT. Etant donné l'autorité et le prestige dont jouit cet organe au niveau international, les conclusions qu'il devait formuler vont constituer une justification de poids à la mobilisation du mouvement syndical international. Enfin, il existait un environnement institutionnel propice puisque à l'époque de l'adhésion de la République de Corée, l'OCDE menait toute une réflexion sur les droits fondamentaux des travailleurs et les échanges internationaux.

⁷³ Comme le déclarait, en janvier 1997, le ministre coréen du travail de l'époque «all the OECD can do is put peer pressure on us. Nothing more, nothing less»; voir Brian Love, «OECD worried but powerless on South Korea strife», *Reuter European Business Report*, 17 January 1997.

⁷⁴ La TUAC est une organisation syndicale internationale qui représente environ 56 organisations nationales affiliées se répartissant sur le territoire des 30 Etats membres de l'organisation, couvrant ainsi plus de 70 millions de travailleurs. Pour plus d'informations, voir <http://www.tuac.org>. Les employeurs sont représentés par le Comité consultatif économique et industriel auprès de l'OCDE (BIAC).

⁷⁵ Voir Salzman, *op. cit.*, *supra* note 66, pp. 9-10. Le séminaire à Séoul organisé par la TUAC en septembre 1995 atteste de sa forte capacité mobilisatrice. Dans la perspective de l'adhésion de la République de Corée à l'OCDE, ce séminaire devait permettre aux partenaires sociaux coréens, y compris aux syndicats non reconnus par les autorités, de dialoguer sur la dimension sociale de l'intégration économique et, en autres, sur la situation de la République de Corée au regard notamment de la liberté syndicale; voir le rapport publié par la TUAC sur le séminaire, *Korea and the OECD – The social dimension of economic integration, TUAC-OECD*, March 1996.

Le fonctionnement propre de l'OCDE sera le second facteur qui va permettre à l'organisation de relier la question des droits fondamentaux des travailleurs au processus d'adhésion de République de Corée. Comme on l'a déjà évoqué, la procédure d'adhésion est souple. Des discussions préalables ont lieu entre l'organisation et le pays candidat en vue de son adhésion.⁷⁶ Puis le Conseil de l'OCDE invite le pays à adhérer à la Convention relative à l'OCDE. Le Secrétaire général et un représentant du pays signent alors «un Accord portant sur l'acceptation par le pays des obligations inhérentes à l'adhésion à l'OCDE».⁷⁷ C'est donc une procédure qui laisse place à une négociation dont les termes peuvent varier d'un pays à l'autre. Pour faire contre-poids, il existe une culture institutionnelle qui tend à préserver une certaine cohésion, avant tout au niveau des politiques économiques, entre les membres et donc à examiner si le pays candidat «rentre dans le moule». Il se trouve qu'à l'époque de l'adhésion de la République de Corée, l'OCDE avait été au-delà de la cohésion économique et avait déterminé dans ses grandes lignes une cohésion d'une tonalité plus politique au travers des deux déclarations de 1990 et 1992 sus-mentionnées. Toutefois, entre une déclaration politique de principe se référant au concept général de droits de l'homme et une action concrète visant à faire des droits fondamentaux des travailleurs un élément de la qualité de membre, il y a un grand pas que l'OCDE a franchi par un moyen que l'on peut qualifier d'astucieux.

Le cas de la République de Corée, à l'inverse du Mexique, fit l'objet de nombreuses discussions et tractations sur l'inclusion des droits fondamentaux des travailleurs dans le processus d'adhésion.⁷⁸ Le Conseil de l'OCDE, dans un premier temps, attendit les résultats des travaux de la Commission présidentielle de la réforme des relations professionnelles qui, en octobre 1996, se trouva dans une impasse. Une modification de l'équilibre politique au sein du Conseil sur la question des droits des travailleurs, le blocage au niveau national et la pression continue des organisations syndicales nationales et internationales menacèrent sérieusement l'adhésion de la République de Corée à l'OCDE.

Pour éviter une fin de non-recevoir ou un report de l'adhésion, dans une lettre au Conseil de l'OCDE de début octobre 1996, la République de Corée prit

⁷⁶ Voir «Devenir membre de l'OCDE: la procédure d'adhésion» dans le site <http://www.oecd.org>.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Voir Tim Shorrock, «South Korea Joins Club of Rich», *Journal of Commerce*, 25 October 1996, p. 1A et *Foreign Report*, 26 November 1996, p. 6. On doit préciser que les Etats-Unis estimèrent d'abord que ce n'était pas une question fondamentale et que l'adhésion du pays ne devait pas être remise en cause sur cette base. Cette position fut partagée notamment par le Canada, le Japon, le Royaume-Uni et la République tchèque. A l'opposé, des gouvernements européens (Allemagne, Autriche, Belgique, France et Suède) se déclarèrent en faveur d'un report de cette adhésion en raison des atteintes à la liberté syndicale. A la dernière minute, sous la pression de la Fédération américaine du travail et Congrès des organisations industrielles (AFL-CIO), l'administration Clinton opéra un revirement; voir John Burton, «Labour laws threat to Korean OECD bid», *Financial Times*, 10 October 1996.

l'«engagement solennel» de modifier sa législation du travail afin de la rendre conforme aux normes internationalement acceptées. En réponse, le 11 octobre 1996, le Conseil de l'OCDE invita le pays à adhérer à l'OCDE en se félicitant de l'engagement pris par les autorités de «réformer les lois en vigueur sur les relations professionnelles d'une manière conforme aux normes internationalement acceptées, notamment celles qui concernent les droits fondamentaux tels que la liberté d'association et la négociation collective». ⁷⁹ Il n'était fait aucune référence aux normes internationales du travail de l'OIT. La formule employée était le résultat d'un compromis politique entre les pays favorables à une référence explicite aux normes de l'OIT et ceux qui étaient contre. Par ailleurs, il faut préciser que la République de Corée n'avait toujours pas ratifié les conventions nos 87 et 98. Toutefois, en pratique, c'est bien aux normes internationales du travail, et plus particulièrement à celles concernant la liberté syndicale, que l'OCDE va se référer lorsqu'elle mettra en œuvre son mécanisme de suivi.

Ce suivi a été décidé par le Conseil de l'OCDE un peu plus tard, lorsqu'il fut obligé de constater que la République de Corée ne respectait pas son engagement. En effet, le 26 décembre 1996, le gouvernement faisait adopter en toute hâte une nouvelle législation restrictive, déclenchant ainsi une grève générale décrétée par la FKTU et la KCTU. Face à cette situation, un certain nombre de membres de l'OCDE demandèrent qu'une action formelle soit engagée à l'encontre du nouveau membre. En conséquence, le Conseil de l'OCDE chargea le Comité de l'Emploi, du Travail et des Affaires sociales de «suivre attentivement les progrès dans la réforme de la législation du travail à la lumière de l'engagement» pris par la République de Corée lors de son adhésion. ⁸⁰ C'est l'engagement unilatéral pris par la République de Corée envers l'OCDE qui est donc la source de ses obligations en matière de droits fondamentaux du travail. La nature unilatérale de cet engagement justifie du même coup qu'il soit limité à la République de Corée.

L'OCDE se serait retrouvée très vite limitée dans son suivi en l'absence d'un mécanisme extérieur mettant à sa disposition une analyse, impartiale et faisant autorité, de la situation de la liberté syndicale en République de Corée.

2.2 Des modalités classiques de coordination avec des résultats

Les relations entre l'OIT et l'OCDE ont pour base un échange de lettres en juin et juillet 1961 entre le Secrétaire général de l'OECE, à la veille de la disparition de cette organisation au profit de l'OCDE, et le Directeur général du BIT. Dans cet échange, les deux chefs de secrétariat sont convenus que «les relations entre l'OCDE et l'Organisation internationale du Travail se

⁷⁹ Voir *Approfondir les réformes en Corée, op. cit., supra* note 55, p. 14.

⁸⁰ *Ibid.*

poursuivraient sous la même forme que les relations entre l'OECE et l'OIT». ⁸¹ La coordination entre les deux organisations est prévue sur des questions dites d'intérêt commun. C'est dans cette catégorie que va rentrer la situation de la liberté syndicale en République de Corée.

i) Les modalités

Dès la mise en place du mécanisme de suivi, de nombreux contacts informels eurent lieu entre le secrétariat de l'OCDE et le BIT. Cette coopération «souterraine» permit aux deux organisations de coordonner leurs positions au regard de l'évolution de la réforme de la législation du travail de la République de Corée. D'une manière plus officielle, le BIT fut convié en tant qu'observateur à un certain nombre de réunions (cinq à ce jour) du Comité de l'Emploi, du Travail et des Affaires sociales. Le BIT eut le droit de s'exprimer devant les membres du comité et de présenter son analyse de la situation des relations professionnelles dans le pays. Cette analyse reposait principalement sur les conclusions du Comité de la liberté syndicale dans le cas n° 1865. Bien évidemment, le Comité de l'Emploi, du Travail et des Affaires sociales créa aussi ses propres sources d'analyse, très probablement par souci de relier la question de la législation du travail, et notamment de la liberté syndicale, aux autres questions d'intérêt plus direct pour l'OCDE. Il a, à ce titre, demandé un rapport au secrétariat qui fut publié en 2000. Ce rapport examinait «la politique du marché du travail et la politique de protection sociale, ainsi que les relations professionnelles et la réforme de la législation sur l'emploi en Corée». ⁸² Son analyse de la liberté syndicale et de la négociation collective rejoignait les conclusions du Comité de la liberté syndicale de l'époque. ⁸³ Deux aspects de cette coordination méritent plus particulièrement d'être relevés.

En premier lieu, le mécanisme de suivi de l'OCDE présente quelques similitudes avec le mécanisme de contrôle du BIT. C'est un mécanisme de pression qui repose sur la persuasion et le dialogue non seulement avec le gouvernement concerné mais aussi avec les organisations de travailleurs et d'employeurs intéressées: la TUAC et le Comité consultatif économique et industriel auprès de l'OCDE (plus connu sous son acronyme anglais – BIAC), accompagnés de représentants des organisations nationales. La réunion du comité, à laquelle assistent uniquement les gouvernements qui en sont membres, débute formellement par un exposé du gouvernement de la République de Corée. Le comité remet ensuite ses recommandations au Conseil pour adoption.

En second lieu, en dehors de la participation du BIT aux réunions du Comité de l'Emploi, du Travail et des Affaires sociales, la coordination entre

⁸¹ Voir <http://www.ilo.org/public/french/bureau/leg/agreements/oecd.htm>

⁸² Voir *Approfondir les réformes en Corée, op. cit., supra* note 55, avant-propos.

⁸³ *Ibid.*, pp. 71-82.

les deux organisations reste discrète, une des raisons étant probablement que les normes internationales du travail n'avaient pas été expressément visées dans la décision du Conseil de l'OCDE de 1996. Jusqu'à présent, il n'y a eu aucune mission effectuée en commun même au niveau des membres du secrétariat. Enfin, les réunions du Comité de l'Emploi, du Travail et des Affaires sociales sur la question ne suivent pas la même périodicité que les réunions du Comité de la liberté syndicale. Du reste, à partir de 2000 ces réunions sont devenues plus espacées, comme par ailleurs l'examen du cas n° 1865 par le Comité de la liberté syndicale. A ce jour, la coordination se poursuit encore. La dernière réunion du Comité de l'Emploi, du Travail et des Affaires sociales à laquelle le BIT assista eut lieu en avril 2002. La prochaine devrait avoir lieu en 2005. En 2000, la République de Corée lança une offensive pour que le mécanisme de suivi soit suspendu. Cette initiative échoua notamment à cause de la contre-offensive organisée par la TUAC et ses membres auprès des membres du Conseil.⁸⁴

ii) Evolution de la législation et la pratique nationales depuis l'adhésion à l'OCDE

On se souviendra que l'examen du cas n° 1629 n'avait débouché sur aucun amendement législatif. Le premier développement positif et important eut lieu après la première réunion du Comité de l'Emploi, du Travail et des Affaires sociales en janvier 1997 et le second examen du cas n° 1865 du Comité de la liberté syndicale à sa session de mars 1997. Pour la première fois, la loi d'amendement sur les syndicats et les relations de travail admit le pluralisme syndical aux niveaux sectoriel et national.⁸⁵ En outre, le gouvernement faisait preuve d'une nouvelle ouverture puisqu'il acceptait le principe d'une mission tripartite de haut niveau proposée par le comité. Sur le plan pratique, la situation était plus mitigée et le comité notait que des dirigeants et membres syndicaux étaient toujours détenus ou poursuivis pour des faits liés à leurs activités syndicales.⁸⁶

Au cours du premier semestre de 1998, d'autres progrès furent réalisés. Une commission tripartite, créée par le président de la République de Corée, à laquelle la KCTU participait bien qu'elle ne fût pas encore enregistrée, conclut un accord le 6 février en vue de l'adoption de réformes dans les domaines économique et social.⁸⁷ Cet accord tripartite prévoyait la légalisation des syndicats d'enseignants à compter du 1^{er} juillet 1999.⁸⁸ En outre, certaines catégories de fonctionnaires auraient le droit de constituer des associations professionnelles à compter du 1^{er} janvier 1999 et se verraient progressivement accorder le droit

⁸⁴ Voir Salzman, *op. cit.*, *supra* note 66, p. 17-18.

⁸⁵ Voir 307^e rapport du Comité de la liberté syndicale, *Bulletin officiel*, vol. 80, 1997, Série B, n° 2, paragr. 210.

⁸⁶ *Ibid.*, paragr. 232.

⁸⁷ Voir *Approfondir les réformes en Corée*, *op. cit.*, *supra* note 55, p. 54. On doit préciser que la KCTU s'est retirée depuis des travaux de la commission.

⁸⁸ Voir 309^e rapport, *Bulletin officiel*, vol. 81, 1998, Série B, n° 1, paragr. 143.

syndical. Par ailleurs, plusieurs fédérations, dont une des organisations plaignantes devant le Comité de la liberté syndicale, furent enregistrées. Toutefois, l'enregistrement de la KCTU n'était pas encore intervenu, principalement à cause de l'affiliation de CHUNKYOJO, qui demeurerait toujours une organisation illégale. En outre, lors de l'examen du cas n° 1865 à sa réunion de novembre 1998, le comité exprimait sa préoccupation sur le fait que des personnes étaient encore détenues ou poursuivies ou que des mandats d'arrêt étaient lancés contre elles, en raison de leurs activités syndicales.⁸⁹

Il y eut en 1999, deux événements majeurs. D'une part, la «loi relative à la création et au fonctionnement des syndicats d'enseignants» était entrée en vigueur et aboutit immédiatement à l'enregistrement de CHUNKYOJO et d'un autre syndicat d'enseignants. D'autre part, la KCTU était finalement enregistrée par les autorités le 22 novembre 1999.

En 2000, l'OIT et l'OCDE firent en quelque sorte le point sur les réformes. Ainsi, à sa session de mars 2000, le Comité de la liberté syndicale recensait les questions législatives importantes qui restaient en suspens. Parmi elles on peut citer: 1) l'exclusion d'importantes catégories de fonctionnaires du droit d'adhérer à des associations professionnelles et l'absence de toute reconnaissance du droit des fonctionnaires de constituer des syndicats et de s'y affilier; 2) la levée de l'interdiction de l'intervention d'une tierce partie dans la négociation collective et les différends du travail, transformée en obligation de notifier au Ministre du Travail l'identité des tierces parties – obligation dont la violation pouvait entraîner une peine d'emprisonnement et/ou une amende très lourde; 3) l'interdiction du pluralisme syndical au niveau de l'entreprise jusqu'en 2002. Sur le plan pratique, le comité relevait notamment que de nombreux syndicalistes avaient été accusés de délit «d'entrave à l'activité de l'entreprise», prévu par l'article 314 du Code pénal et, sur cette base, arrêtés et détenus.⁹⁰

Le rapport de l'OCDE de 2000 rejoignait le Comité de la liberté syndicale sur l'identification des problèmes qui restaient à résoudre. Il est intéressant de relever que ce document faisait expressément référence aux travaux du comité, tout en comparant la législation de la République de Corée avec celle des autres membres de l'OCDE.⁹¹ Ce rapport mettait aussi l'accent sur les détentions et arrestations de syndicalistes en soulignant qu'il serait «particulièrement

⁸⁹ Voir 311^e rapport, *Bulletin officiel*, vol. 81, 1998, Série B, n° 3, paragr. 337.

⁹⁰ Voir 320^e rapport, *Bulletin officiel*, vol. 83, 2000, Série B, n° 1, paragr. 456-530.

⁹¹ Ainsi, par exemple, pour ce qui est du droit syndical, le rapport note que «bien que de nombreux pays de l'OCDE ne se conforment pas pleinement aux exigences de ces conventions [soit la convention n° 87 et la convention n° 151 sur les relations de travail dans la fonction publique, 1978], la Corée demeure néanmoins un cas unique en ce que: i) elle en reconnaît pas aux fonctionnaires le droit de créer un syndicat et d'y adhérer; et ii) elle limite même l'adhésion à des organisations consultatives sur les lieux de travail au seul personnel de soutien»; voir *Approfondir les réformes en Corée*, op. cit., supra note 55, p. 76.

important que les autorités coréennes prennent toutes les mesures nécessaires pour éviter les arrestations et détentions en grand nombre de syndicalistes prenant part à des actions syndicales». ⁹² Enfin, il exprimait une préoccupation au sujet du «climat actuel des relations professionnelles en Corée, tant au niveau national qu'au niveau des entreprises». ⁹³

A partir de 2001, les réformes connurent un sérieux ralentissement et la situation en pratique de la liberté syndicale subit une dégradation. En février 2001, la commission tripartite décida de reporter de cinq ans la levée de l'interdiction du pluralisme syndical au niveau de l'entreprise. Les conclusions du Comité de la liberté syndicale, lors du huitième examen du cas n° 1865, à sa session de mars 2002, ⁹⁴ reflétèrent le piétinement des réformes législatives. L'article 314 du Code pénal, qui pouvait englober pratiquement toutes les activités liées à la grève, n'avait pas été modifié et était effectivement invoqué pour arrêter des travailleurs, les rendant ainsi passibles notamment de lourdes peines d'emprisonnement. De fait, sur le plan pratique, le comité notait la déclaration de l'organisation plaignante, non contestée par le gouvernement, «selon laquelle le nombre de syndicalistes arrêtés et détenus [avait] connu une augmentation dramatique en 2001 par rapport aux années antérieures». ⁹⁵ Pour la première fois, le cas n° 1865 était cité dans le rapport du comité sous la rubrique «cas graves et/ou urgents».

Lors de la réunion d'avril 2002 de l'OCDE, le BIT fit part des conclusions du Comité de la liberté syndicale, en précisant que l'assistance technique du Bureau avait été expressément offerte au gouvernement mais que ce dernier n'avait encore répondu à cette offre. Un système des relations professionnelles recueillant la confiance de toutes les parties ne pourrait exister tant que les arrestations des travailleurs se poursuivraient ⁹⁶ pour des motifs syndicaux.

⁹² *Ibid.*, p. 15.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Voir 327^e rapport, *Bulletin officiel*, vol. 85, 2002, Série B, n° 1, paragr. 447- 506.

⁹⁵ *Ibid.*, paragr. 505.

⁹⁶ La situation semble s'être décrispée avec la prise de fonctions d'un nouveau gouvernement en février 2003, au point que le Comité de la liberté syndicale devait noter lors du dernier examen du cas que le gouvernement montrait une volonté «de résoudre la plupart, si ce n'est l'ensemble, des problèmes en suspens»; voir 331^e rapport, *Bulletin officiel*, vol. 86, 2003, Série B, n° 2, paragr. 322-356. Le prochain examen du cas n° 1865 est prévu pour novembre 2004.

2.3 Une coordination pour le respect et la réalisation de la liberté syndicale

Il est indéniable que la pression simultanée de l'OIT et de l'OCDE a eu des résultats importants au niveau législatif et a conduit le pays à réformer en profondeur la législation relative aux droits syndicaux. Ce n'était pas une mince affaire si l'on songe à l'influence durable de l'ancien système de relations professionnelles, à la priorité qui a toujours été accordée par les autorités nationales à la croissance économique, et au fait que la législation d'avant 1997 était très favorable aux employeurs. Dans ce contexte, la reconnaissance du pluralisme syndical aux niveaux national et sectoriel, et la reconnaissance du droit syndical des enseignants doivent être tout particulièrement mises en exergue, ne serait-ce que parce qu'elles ont notamment permis l'enregistrement de la KCTU et de CHUNGYOJO.⁹⁷ En pratique, et même si la poursuite des arrestations et des détentions montre les limites de cette coordination, il faut souligner que de nombreux syndicalistes ont été libérés grâce à la pression internationale. Au-delà de ces constats, il serait délicat de donner la mesure exacte de l'impact de cette coordination puisqu'elle n'est pas encore achevée et qu'un recul des autorités nationales est toujours possible. En outre, il faudrait analyser avec soin les blocages qui sont plutôt le fait des organisations nationales d'employeurs et de travailleurs, et sur lesquels ni l'OCDE ni l'OIT n'ont de prise.

Il est impossible de déterminer l'impact qu'aurait eu le Comité de la liberté syndicale sans le mécanisme de suivi de l'OCDE. Cette démarche n'est pas non plus souhaitable, étant donné qu'il s'agit ici d'analyser justement la valeur de la coordination entre organisations internationales. On rappellera juste qu'il a fallu attendre l'intervention de l'OCDE pour que les premiers progrès législatifs puissent être constatés et que le gouvernement se montre plus ouvert envers le Comité de la liberté syndicale. En outre, lors de missions dans le pays, le BIT ne manqua pas de se référer, lorsque cela était approprié, au suivi de l'OCDE.

Il nous semble en revanche difficile d'imaginer comment le mécanisme de suivi de l'OCDE aurait pu tirer des conclusions dans le domaine de la liberté syndicale et de la négociation collective sans le Comité de la liberté syndicale. Il lui aurait été presque impossible de suivre de près l'évolution de la situation nationale et notamment les réformes et projets de réformes qui se sont succédés à partir de 1997, même avec la contribution déterminante de la TUAC. Par dessus tout, pour être crédible, ce mécanisme de suivi se devait de reposer sur une analyse objective et experte des problèmes délicats soulevés par la législa-

⁹⁷ Voir le commentaire d'un représentant de la TUAC cité par James Salzman: «It could be legitimately argued that outside of domestic pressure, it has been OECD membership more than anything else, including Korea's membership of the ILO that has led to the legalisation of teachers union, which paved the way for legalisation of KCTU», *op. cit.*, *supra* note 66, p. 17.

tion et la pratique nationales, analyse qui lui a été régulièrement fournie par le Comité de la liberté syndicale.

Par ailleurs, la voie choisie par l'OCDE n'était pas aussi évidente. Ainsi, rien ne l'obligeait à inclure la réforme de la législation du travail dans le processus d'adhésion et à suivre le respect des engagements pris par la République de Corée à cet égard, ne serait-ce qu'en raison de l'absence de disposition expresse du traité fondateur ou à tout le moins d'une interprétation authentique, qui rattachait les droits fondamentaux des travailleurs aux obligations de membre de l'OCDE. Cette remarque est valable même si le Conseil de l'OCDE a reconnu les droits de l'homme comme une valeur commune. En effet, comme en témoigne la réserve que la Banque mondiale a toujours manifestée envers la liberté syndicale,⁹⁸ il est remarquable que l'OCDE, dont les objectifs sont d'ordre économique, ait reconnu la liberté syndicale en tant que droit fondamental digne d'être protégé aux côtés du développement économique. Sa démarche, qui a fait en outre appel à l'expertise de l'OIT, peut être qualifiée d'exemplaire du point de vue de la coordination des organisations internationales pour un meilleur respect des droits fondamentaux des travailleurs.

Cela étant, si rien n'obligeait l'OCDE, il n'y avait pas non plus d'obstacle à sa démarche, tel que, par exemple, la ratification des conventions nos 87 et 98 par la République de Corée. Si l'une de deux conventions avait été ratifiée, les violations des droits syndicaux devenaient alors une question d'application de la convention. En pareil cas, le jeu de la coordination aurait voulu que l'OCDE s'abstînt et laissât la question aux mécanismes de contrôle régulier de l'OIT. De plus, il aurait été difficilement admissible que certains membres de l'OCDE, tels les Etats-Unis, traitent de l'application de conventions qu'ils n'ont pas eux-mêmes ratifiées. C'est ce qui explique peut-être que la question des droits fondamentaux des travailleurs n'ait pas été soulevée lors de l'adhésion de la Hongrie, la Pologne et la République tchèque, ou de la Slovaquie (devenue membre en 2000). Au moment de leurs adhésions, tous ces pays avaient en effet ratifié les conventions nos 87 et 98. En outre, les organes de contrôle de l'OIT n'avaient pas identifié des problèmes aussi graves et généraux que ceux que posaient la législation et la pratique de la République de Corée. C'est du reste un des enseignements que l'on peut raisonnablement tirer de ce cas. La coordination entre l'OIT et une autre organisation internationale ne se déclenchera que par une mobilisation importante des organisations syndicales nationales et internationales, en raison de violations suffisamment graves et répétées de la liberté syndicale. Ce constat sur le déclenchement de la coordination pose la question de savoir jusqu'où cette coordination pourra aller dans le cas de la République de Corée.

⁹⁸ Voir Maupain, *op. cit.*, *supra* note 37, pp. 162-163.

La ratification des conventions n^{os} 87 et 98 par la République de Corée⁹⁹ pourrait être une porte de sortie tout à la fois élégante et pratique pour l'OCDE même si elle ne serait pas exactement conforme à la décision d'origine du Conseil. En effet, comme on l'a vu, cette ratification n'avait pas été exigée et l'objet du suivi est bien la mise en conformité de la réforme de la législation du travail conformément avec les normes internationalement acceptées. Ceci pose une autre question, est-il dans l'intérêt de l'OCDE d'apprécier si la République de Corée a rempli son engagement en se référant uniquement et abstraitement à la liberté syndicale?¹⁰⁰ Si tel est le cas, la logique voudrait que le mécanisme de suivi se poursuive jusqu'à ce que le Comité de la liberté syndicale soit satisfait que la législation et la pratique nationales sont conformes aux principes de la liberté syndicale.

Le principe de spécialité qui est la base de l'existence et du fonctionnement d'une organisation internationale, les changements dans les équilibres politiques obligent à envisager également l'hypothèse où l'OCDE déciderait de mettre un terme à son mécanisme de suivi avant que le Comité de la liberté syndicale ne termine son examen. Cela reviendrait en fait à définir ce que constitue pour l'OCDE un degré acceptable de violation de la liberté syndicale, à la lumière de ses propres objectifs. Une telle situation pourrait surgir si la République de Corée modifiait l'article 314 du Code pénal dans un sens conforme aux principes de la liberté syndicale et mettait fin aux détentions et arrestations de syndicalistes. L'OCDE devrait alors probablement faire des choix cornéliens pour décider à partir de quel moment elle pourrait considérer que la République de Corée a rempli son engagement, en se livrant notamment à une comparaison détaillée et délicate de la situation de la République de Corée avec celle des autres membres de l'OCDE. La reconnaissance du droit syndical des fonctionnaires et celle du pluralisme syndical au niveau de l'entreprise pourraient être à cet égard des facteurs déterminants. La question de la liberté syndicale ayant surgi dans des conditions politiques particulières au sein de l'OCDE, il serait intéressant de voir si et comment cette organisation reliera ce cas particulier à la réflexion générale à laquelle elle s'est livrée dans ses deux études sur les normes fondamentales du travail et les échanges internationaux.

⁹⁹ Selon les informations les plus récentes sur la position de la République de Corée en la matière, le pays n'envisage pas encore la ratification des conventions n^{os} 87 et 98 mais travaille à mettre sa législation du travail en conformité aux dites conventions; voir GB.288/LILS/5, paragr. 21.

¹⁰⁰ L'OCDE se laisserait alors guidée par «the altruistic motivation» dont parle Steve Charnovitz: «The altruistic motivation is to raise labor conditions for workers worldwide... it interweaves labor standards into the larger framework of human rights», *op. cit.*, *supra* note 28, pp. 131-163.

IV. Conclusion

Il est impossible de tirer des conclusions définitives à partir de deux cas particuliers de coordination qui aussi significatifs soient-ils n'ont pas encore déployé tous leurs effets. Il conviendrait d'ailleurs d'analyser d'autres exemples concrets de coordination, y compris ceux de nature plus promotionnelle, entre l'OIT et les autres organisations internationales tant universelles que régionales. Encore faudrait-il distinguer entre les organisations qui font partie du système des Nations Unies, qui a été lui-même conçu à partir de mécanismes de coordination inscrits dans la Charte des Nations Unies, et les autres organisations notamment celles qui ont une composition plus restreinte que l'OIT. Cette analyse casuistique devrait être reliée aux réflexions d'ordre plus général qui sont menées tant au niveau de la Commission de droit international qu'au niveau de l'OIT elle-même sur la base du rapport de la Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation.

La première étape d'une coordination en matière de droits fondamentaux des travailleurs a été franchie avec la reconnaissance par la communauté internationale de la compétence de l'OIT dans ce domaine. L'enjeu véritable de cette coordination réside dans la manière dont l'action de l'OIT pourra se greffer sur les activités des autres organisations et y trouver peut-être les moyens de son efficacité.

Le Comité de la liberté syndicale (I): origines et genèse

*Alberto Odera** et *María Marta Travieso***

I. Introduction

L'importance de la liberté d'association, qui est un moyen privilégié d'améliorer les conditions des travailleurs et d'augmenter leurs revenus, est déjà inscrite en 1919 dans le Préambule de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail ainsi que dans la Constitution même. Ainsi, le Préambule établit que «[a]ttendu qu'il existe des conditions de travail impliquant pour un grand nombre de personnes l'injustice, la misère et les privations, ce qui engendre un tel mécontentement que la paix et l'harmonie universelles sont mises en danger, et attendu qu'il est urgent d'améliorer ces conditions: par exemple, en ce qui concerne [...] l'affirmation du principe de liberté syndicale...». Pour sa part, la Constitution dans son article 41, paragraphe 2, consacrait «[l]e droit d'association en vue de tous objets non contraires aux lois, aussi bien pour les salariés que pour les employeurs».

Pourtant, les pays se sont vite aperçus que la simple affirmation de l'existence de cette liberté n'était pas suffisante pour qu'elle soit respectée¹ et, pour que ses principes deviennent contraignants, il fallait les consacrer dans des conventions qui devaient être ratifiées par les Etats Membres² et établir un système spécifique de contrôle. La culmination de ce processus a été la création de la Commission d'investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale et d'un organe tripartite, le Comité de la liberté syndicale, et l'adoption des conventions sur la liberté syndicale et la négociation collective qui ont été à la hauteur des espoirs longtemps tenus. L'objet de la présente publication consiste à expliquer la genèse de cet organe.

* Service de la liberté syndicale, Département des normes internationales du travail.

** Service de la liberté syndicale, Département des normes internationales du travail.

¹ Notamment après la mise à l'épreuve du système de contrôle en 1920, dû à l'absence de consentement du gouvernement de l'Espagne. En effet, une «réclamation» (il ne s'agit pas de celle prévue à l'article 24 de la Constitution) avait été présentée contre le gouvernement espagnol en 1920 par l'Union générale des travailleurs qui se plaignait de la violation de la liberté syndicale. Mais le gouvernement ne donna pas son consentement pour l'intervention du Conseil.

² Voir Wilfred Jenks, *The International Protection of Trade Union Rights*, publié sous la direction de Evan Luard, Londres, 1967, pp. 210-246.

II. Genèse du Comité de la liberté syndicale

1. Mécanismes généraux de contrôle de l'OIT avant la création du Comité de liberté syndicale

Avant d'étudier le processus historique de création du Comité de la liberté syndicale, nous procéderons à l'analyse des moyens de contrôle qui étaient déjà mis sur pied.³ Il faut d'abord examiner les pouvoirs dont l'OIT disposait et dispose encore, en l'absence d'une convention et lorsqu'une convention n'a pas été adoptée. En effet, la Constitution de l'OIT, son Préambule et la Déclaration de Philadelphie autorisent les divers organes de l'Organisation et, notamment le Conseil d'administration, à faire des études et à promouvoir des enquêtes. De son côté, la Conférence peut discuter tout problème politique, sociale et économique qui entre dans les attributions de l'Organisation internationale du Travail (Article 10 de la Constitution et paragraphe II de la Déclaration de Philadelphie). Mais, en l'absence d'une convention en vigueur, les pouvoirs de contrôle sont restreints.

Lorsqu'une convention a été adoptée, les Etats ont certaines obligations même s'ils ne la ratifient pas. En effet, ils doivent tout d'abord soumettre la Convention aux autorités compétentes, généralement les organes législatifs afin qu'ils prennent les actions pertinentes.⁴ Si cette obligation n'est pas respectée, tout autre Etat pourra porter la question devant le Conseil d'administration qui, à son tour, peut saisir la Conférence.⁵ En ce qui concerne les Etats qui n'ont pas ratifié une convention, les gouvernements concernés, conformément à l'article 19, paragraphe 5e), suivant une décision du Conseil d'Administration, doivent faire un rapport sur l'état de leur législation et sur leur pratique ainsi que de la façon dont ils donneront suite aux dispositions de la convention, les moyens et les difficultés empêchant ou retardant la ratification. Si la convention est ratifiée, l'Etat Membre doit présenter les rapports annuels sur les mesures prises pour donner effet à la convention, en vertu de l'article 22 de la Constitution. Ces rapports sont soumis à l'examen de la Commission d'experts pour l'application de Conventions et recommandations (CEACR). La Commission d'experts élabore à son tour un rapport public qui est soumis à la session suivante de la Conférence où un double examen de l'application des normes est fait: d'abord par la Commission d'Application de Conventions et Recommandations (CACR) et ensuite par la Conférence en séance plénière.⁶ Le CEACR et le CACR sont deux organes

³ Voir Conférence internationale du Travail, 31^e session, 1948, *Compte rendu des travaux*, pp. 504-508 (annexe X concernant le rapport du Conseil d'administration sur la suite à donner à la résolution concernant un organisme international de sauvegarde de la liberté syndicale, adoptée par la Conférence internationale du Travail à sa 30^e session).

⁴ Voir article 19, 5 b) de la Constitution.

⁵ Voir article 30 de la Constitution.

⁶ Voir article 23 de la Constitution.

de contrôle complémentaires qui furent créés en 1927 afin d'assurer que les conventions ratifiées soient correctement appliquées. La Commission d'experts a pour mandat d'examiner en particulier si la législation et la pratique des Etats Membres sont en conformité avec les conventions qu'ils ont ratifiées. Il s'agit d'un organe composé de juristes prestigieux et indépendants. La Commission d'application de conventions et recommandations, organe tripartite constitué chaque année lors de la Conférence internationale du Travail, a pour fonction de discuter avec les gouvernements des Etats Membres sur la manière de mettre leur législation en conformité avec les conventions, sur la base des rapports de la Commission d'Experts.⁷ Comme nous pouvons l'observer, le mandat de ces Commissions couvre l'ensemble des Conventions et Recommandations.

Mis à part le système de contrôle régulier qui vient d'être mentionné, la Constitution prévoit en cas de violation alléguée d'une convention ratifiée, les procédures des articles 24 et 26, fondées sur la présentation de réclamations ou de plaintes.⁸

Ce système de contrôle institué par la Constitution a été accepté par les Etats Membres de l'Organisation internationale du Travail, ce qui implique qu'ils sont liés par lui chaque fois qu'une convention est adoptée, ratifiée et entre en vigueur. La limitation principale réside sur le fait que les contrôles ne sont réellement effectifs que lorsqu'une convention est ratifiée.

⁷ Voir Nicolas Valticos, «Fifty Years of Standard-Setting Activities by the ILO», *International Labour Review*, vol. 100, 1969, pp. 201-237.

⁸ Les organisations des employeurs et des travailleurs peuvent selon l'article 24, adresser au BIT une réclamation aux termes de laquelle «l'un quelconque des membres n'aurait pas assuré, d'une manière satisfaisante, l'exécution d'une convention à laquelle ledit membre a adhéré». Cette réclamation est transmise au Conseil d'administration du BIT et elle est examinée, en premier lieu, par un comité composé de trois membres du Conseil d'administration, choisis respectivement parmi les représentants des gouvernements, des employeurs et des travailleurs. L'article 26 prévoit qu'un Etat Membre pourra déposer une plainte contre un autre membre qui, à son avis «n'assurerait pas d'une manière satisfaisante l'exécution d'une convention que l'un et l'autre auraient ratifiée». La procédure des plaintes peut également être engagée par le Conseil d'administration soit d'office, soit sur la plainte d'un délégué à la Conférence. Lorsqu'il est saisi d'une plainte, le Conseil d'administration peut, d'une part, communiquer la plainte en premier lieu au gouvernement comme il est prévu en cas de réclamations ou, d'autre part, s'il ne juge pas nécessaire de procéder à cette communication ou si aucune réponse satisfaisante n'a été reçue dans un délai raisonnable, former une commission d'enquête qui aura pour mission de procéder à un examen approfondi de la plainte et de présenter un rapport à ce sujet. Les commissions d'enquête ont porté à plusieurs reprises, sur les allégations concernant la violation des droits syndicaux (comme indiqué ci-après, dans le cas où ses réclamations porteraient sur la liberté syndicale, le règlement sur la procédure pour la discussion des réclamations présentées selon les articles 24 et 25 de la Constitution internationale du Travail, établit dans son article 3 que le Conseil d'Administration transmettra ladite réclamation au Comité de liberté syndicale.

2. Mécanisme de contrôle prévu par la Charte des Nations Unies

Peu de temps avant l'établissement du Comité de la liberté syndicale, les Nations Unies avaient institué un mécanisme de protection des droits de l'homme qui devait évoluer au fil des années. La protection accordée par la Charte des Nations Unies (1945) concerne la totalité des droits de l'homme y compris la liberté syndicale. Ainsi, l'article 55 détermine la compétence des Nations Unies, tant dans le domaine de la politique économique et sociale, que dans celui de la protection des droits de l'homme. L'article 60 établit que l'Assemblée générale des Nations Unies et, sous son contrôle le Conseil économique et social, sont chargés de remplir ces fonctions. Dans ce cadre le Conseil économique et social a établi la Commission des droits de l'homme en 1946 qui avec l'Assemblée générale et le Conseil économique et social constituent les organes de contrôle des Nations Unies. Tant l'Assemblée générale que le Conseil économique et social jouissent des pouvoirs d'étude et de coordination de l'activité des institutions spécialisées. Seuls les Etats et quelques organisations internationales avaient la faculté de présenter des réclamations. L'accès était donc interdit aux particuliers. Le système de protection des droits de l'homme allait être par la suite sensiblement développé.⁹

L'Assemblée et le Conseil économique et social disposent de deux moyens d'action, à savoir: les recommandations et les conventions. Les premières ne sont pas obligatoires. Pour ce qui est des deuxièmes, il n'y a pas au sein des Nations Unies un dispositif contraignant les Etats Membres à soumettre ces documents à ratification par les autorités compétentes.

⁹ Avec l'institution du Comité des droits de l'homme en 1966, qui a pour tâche la surveillance de l'application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Protocole facultatif s'y rapportant adoptés tous deux en 1966 et entrés en vigueur en 1976, les plaintes des individus qui prétendent être victimes des violations de l'un quelconque des droits énoncés dans le Pacte, peuvent être examinées. A part le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Protocole facultatif s'y rapportant, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui constituent la Charte internationale des droits de l'homme, quatre autres conventions internationales énoncent des normes relatives aux droits de l'homme dont l'application est suivie par des organes spéciaux. Ainsi, nous avons la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, surveillée par le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale; la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime de l'*apartheid*, suivie par le groupe des Trois; la Convention pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes suivie par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes; la Convention relative aux Droits de l'enfant, suivie par le Comité des droits de l'enfant et la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, suivie par le Comité contre la torture. En fait, en ce qui concerne les organes de surveillance, on distingue entre les Comités mis en place et dont la compétence ne s'exerce que sur les Etats parties et les mécanismes mis en place par la Commission, l'ECOSOC ou l'Assemblée Générale. Dans ce cadre, de nombreux groupes de travail (détentions arbitraires, disparitions forcées, par exemple), des rapporteurs spéciaux (thématiques ou géographiques) voire des représentants spéciaux ont été créés.

3. *Antécédents du Comité de la liberté syndicale et des premières conventions sur la liberté syndicale*

Le processus, aboutissant à la création du Comité de la liberté syndicale et à l'établissement des conventions fondamentales de l'OIT concernant les droits syndicaux des travailleurs et des employeurs, fut l'objet d'efforts soutenus pendant une trentaine d'années et commença lors de la vingtième session du Conseil d'administration en octobre 1923 où, il fut décidé de procéder à l'examen du problème de la liberté d'association dans son ensemble. Il est intéressant de souligner que les différentes phases de ce processus ont permis d'approfondir les approches, les objectifs et les contenus des futures normes et, de confirmer le besoin d'un mécanisme spécial de contrôle en matière de liberté syndicale. Dans ce contexte, les instruments de l'OIT en la matière furent adoptés par étapes successives, le premier en 1921 et le dernier en 1980.

En janvier 1924, une première étude législative et juridique du régime en vigueur dans différents pays fut présentée au Conseil d'administration.¹⁰ Cette étude eut lieu, après un premier pas sur le plan normatif, trois ans auparavant. En effet, en 1921, la Convention n° 11 concernant les droits d'association et de coalition des travailleurs agricoles avait été adoptée. Aux termes de son article premier «[t]out Membre de l'Organisation internationale du Travail ratifiant la présente convention s'engage à assurer à toutes les personnes occupées dans l'agriculture les mêmes droits d'association et de coalition qu'aux travailleurs de l'industrie et, à abroger toute disposition législative ou autre ayant pour effet de restreindre ces droits à l'égard des travailleurs agricoles». Cependant, la portée de cette convention était très restreinte d'autant plus qu'il n'y avait pas encore de convention sur le droit d'association syndicale établissant des normes de fond.

3.1 *Projet de questionnaire de 1927*

Suite à l'étude réalisée en 1924, le Conseil décida qu'elle devait être complétée par une étude sur l'application du principe de la liberté syndicale d'un double point de vue: d'abord en analysant les vœux des congrès patronaux et ouvriers, et en second lieu en comparant les décisions de jurisprudence nationales.¹¹ Ce travail se poursuivait lorsqu'en 1924, à la sixième Conférence internationale du Travail, le délégué ouvrier japonais déposait un projet de résolution qui traitait de la question de la liberté syndicale. La Conférence adopta cette

¹⁰ Voir Jean Nicod, «Introduction à l'étude de la liberté syndicale», *Revue internationale du Travail*, vol. 9, 1924, pp. 493-506.

¹¹ Ces deux études furent soumises au Conseil d'administration lors des 21^e et 22^e sessions, respectivement. Pour le deuxième rapport voir Conseil d'administration, 1924, 22^e session, annexe III, paragr. 381 et suiv.

résolution qui chargeait le Conseil d'administration de poursuivre l'enquête documentaire commencée sur le droit syndical en l'étendant à l'application effective de ce droit dans les différents pays et l'invitait, une fois l'enquête terminée, à examiner l'opportunité d'inscrire cette question à l'ordre du jour d'une session ultérieure de la Conférence, en vue de rechercher les mesures propres à assurer le respect de la liberté syndicale.¹² Il s'agissait donc d'établir la situation de la liberté syndicale dans les différentes législations et pratiques nationales en vue de l'inscrire à l'ordre du jour de la Conférence. A cet égard, de nombreuses monographies nationales et une étude internationale comparée ont été publiées.¹³

Un rapport du Bureau international du Travail fut élaboré sur le besoin de traiter la question de la liberté syndicale et, recommanda à son tour qu'elle soit inscrite à l'ordre du jour de la Conférence de 1927. Selon ce rapport, il s'agissait d'abord de garantir aux travailleurs et employeurs le droit de s'organiser pour défendre leurs intérêts et ensuite de garantir aux associations de travailleurs et d'employeurs le droit de poursuivre leurs buts par des moyens légaux. En se basant sur les études législatives ci-dessus mentionnées, le rapport envisageait le problème de la liberté syndicale sous trois aspects différents: la liberté pour l'individu d'adhérer ou non à une association de son choix; la liberté pour l'association elle-même de se constituer et de fonctionner sans obstacles, sous réserve de l'accomplissement de certaines formalités et, la délimitation du domaine de l'action syndicale. Ensuite, la question se posait sur le type de compromis à adopter. Deux solutions étaient possibles: soit élaborer une convention bien précise sur la liberté syndicale soit simplement consacrer le principe de la liberté syndicale, affirmé à l'article 427 du traité de Versailles (nouvel article 41 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail). Dans le premier cas, on risquait de ne pas tenir compte des singularités de chaque ordre juridique, de sorte que les régimes les plus évolués, du point de vue du droit d'association, seraient assimilés aux moins développés. Dans le deuxième cas, la flexibilité donnée par l'établissement d'un principe trop général pourrait ne résoudre le problème qu'à moitié. Mais, dans ce cas, avec la ratification des Etats, le contrôle de l'application du principe de la liberté syndicale n'aurait plus besoin du consentement de l'Etat comme condition préalable.¹⁴

Suite à ces démarches, un projet de questionnaire fut soumis en 1927 à la Conférence par une commission ad hoc qu'elle avait instituée, le but étant

¹² Voir Conférence internationale du Travail, 6^e session, 1924, *Compte rendu des travaux*, annexe X, p. 638.

¹³ Voir *Studies and Reports, Series A (Industrial Relations)* n^{os} 28, 29, 30, 31, 32: Freedom of Association, ILO, Geneva, 1927, 1928, 1930.

¹⁴ Voir Conseil d'administration, procès verbal de la 30^e session, 1926, annexe III.

d'évaluer l'intérêt manifesté par les Etats pour réglementer le droit d'association et la liberté syndicale.¹⁵ Cependant, le questionnaire fut rejeté par la Conférence par 54 voix contre 42, et par 22 voix contre 5 et 7 abstentions lors du vote entrepris au sein de la commission de la liberté syndicale pour essayer de résoudre l'impasse. Quand l'inscription de l'adoption d'une convention sur la liberté syndicale à l'ordre du jour de la session de 1928 fut mise au vote en la séance plénière, elle fut également rejetée par 66 voix contre 28.¹⁶

La raison de l'échec résidait principalement dans le rejet de deux modifications proposées par le questionnaire mentionné. D'abord, certains Etats voulaient ajouter le thème du droit de «non-association» à côté de celui d'association, ce qui n'a pas été accepté par les travailleurs, probablement du fait de l'existence de clauses de sécurité syndicale dans un nombre important de pays. En fait, cette proposition n'était pas pertinente, du moment que l'institution du droit d'association n'impliquait pas en soi une obligation de s'associer.¹⁷ En réalité, il était question de l'opposition entre les notions de *liberté individuelle* et *liberté syndicale*. Quelques délégués gouvernementaux considéraient que la seule affirmation du droit à la deuxième mettait en danger la première. La deuxième proposition avait pour but de faire dépendre la constitution des associations du respect des «formalités légales», ce qui impliquait une certaine soumission de ces associations au gouvernement, même si, selon le rapporteur de la commission de la liberté syndicale, cela se limiterait à des contrôles administratifs.¹⁸

¹⁵ Le projet de questionnaire préparé par le Bureau se lisait comme suit:

– Estimez-vous qu'il y ait lieu, pour la Conférence, d'adopter un projet de convention concernant la liberté syndicale?

– Estimez-vous que ce projet de convention doit porter l'engagement de garantir la liberté d'association et d'action syndicale?

– Estimez-vous que la liberté d'association se trouverait exprimée de manière adéquate par la formule: «liberté aussi bien pour les travailleurs que pour les employeurs de s'associer pour la défense collective des intérêts afférents à leur condition de travailleurs ou d'employeurs»?

– Estimez-vous que la liberté d'action syndicale se traduirait de manière adéquate par la formule: «liberté pour les syndicats de poursuivre leurs buts, par tous les moyens non contraires aux lois et règlements établis pour le maintien de l'ordre public»?

– Quelles autres dispositions estimez-vous opportun de prévoir dans le projet de convention?

¹⁶ Voir Conférence internationale du Travail, 10^e session, 1927, *Compte rendu des travaux*, vol. I., p. 387.

¹⁷ *Ibid.*, p. 341 et suiv.

¹⁸ *Ibid.*, p. 354.

3.2 Motion de 1930 tendant à inscrire la question de la liberté syndicale à l'ordre du jour

En 1930, le Bureau cherchait encore une forme d'aborder le problème de la liberté syndicale sans se heurter aux difficultés rencontrées en 1927, quand le représentant argentin présenta au Conseil d'administration un projet de résolution qui, après des modifications mineures, fut approuvé à l'unanimité. Le texte définitif de cette résolution était ainsi conçu :

Considérant, que le problème de la liberté syndicale est un des plus importants de la législation ouvrière et, comme tel, doit figurer au premier plan d'une législation sociale internationale; qu'il est désirable d'en aborder la réglementation par étapes successives telles que seraient la garantie du principe même de la liberté syndicale, l'organisation et la reconnaissance des syndicats, la nature juridique de leur rôle dans les questions du travail, etc.;

Le Conseil d'administration décide de charger le Bureau de faire procéder à l'étude du problème sous le point de vue du §2 ci-dessus, c'est-à-dire en déterminant l'ordre dans lequel le problème sera abordé, et de soumettre les résultats de son étude au Conseil au cours de sa session d'avril 1931, afin que celui-ci soit en mesure de choisir celles des questions étudiées par le Bureau qui pourraient être inscrites à l'ordre du jour d'une prochaine session de la Conférence internationale du Travail.¹⁹

L'ordre du jour étant déjà établi pour les sessions de la Conférence de 1931 et 1932, le but était alors d'inscrire la question de la liberté syndicale à l'ordre du jour de 1933.²⁰ Pourtant, il n'en fut pas ainsi. Même si le Directeur avait suggéré la création d'une commission pour étudier la mise au point de la question,²¹ celle-ci ne fut jamais nommée.

3.3 Rapport de 1936 présenté par le Bureau international du Travail concernant la liberté syndicale

Malgré deux résolutions de la Conférence internationale du Travail en 1935 et 1936, où celle-ci invita le Conseil d'administration «à examiner l'opportunité d'inscrire à l'ordre du jour d'une des plus prochaines sessions, la question du droit des travailleurs d'adhérer à des syndicats, afin d'empêcher que les travailleurs soient congédiés ou qu'il leur soit imposé un traitement injuste lorsqu'ils

¹⁹ Voir Conseil d'administration, procès verbal de la 50^e session, 1930, p. 87.

²⁰ Voir Conseil d'administration, procès verbal de la 55^e session, 1931, annexe IX, p. 184.

²¹ *Ibid.*, p. 63.

s'affilient à des syndicats ou en reçoivent de l'aide» la question ne figurait pas encore à l'ordre du jour des sessions suivantes de la Conférence internationale du Travail. En 1936, le Bureau prépara un rapport sur la protection du droit d'association des travailleurs lequel fut soumis à la commission de la liberté syndicale de la Conférence internationale du Travail. Celle-ci arriva à la conclusion qu'à ce stade, le problème devait être analysé seulement du point de vue du droit des travailleurs à s'associer. Cette formule impliquerait l'obligation des Etats de garantir cette liberté à chaque travailleur, et inclurait l'obligation des employeurs de ne pas s'immiscer dans les décisions des travailleurs en subordonnant «l'embauchage ou le maintien au travail à la condition que le salarié ne fasse pas ou cesse de faire partie d'un syndicat professionnel».²² La commission de la liberté syndicale admettait que les objectifs n'étaient pas très ambitieux mais que cela constituerait le premier pas vers la réglementation de toute la question de liberté syndicale. Le pas suivant consisterait à protéger le droit de fédération des associations de travailleurs et leur reconnaissance en vue d'établir des négociations collectives. Finalement, selon le rapport du Bureau, le projet devrait contenir des mesures de contrôle et des sanctions pour la protection de ces droits. Pourtant, ce rapport n'a pas été inclus à l'ordre du jour.²³

Entre 1936 et 1939, il n'y eut aucun progrès visant à l'élaboration d'une convention concernant la protection de la liberté syndicale. Pendant la Deuxième Guerre mondiale, les activités de l'Organisation internationale du Travail furent ralenties et les initiatives en faveur de la réglementation de la liberté syndicale restèrent longtemps en attente. Cependant, les efforts réalisés n'ont pas été stériles puisque les enquêtes entreprises et les résolutions adoptées avaient permis d'identifier les besoins, les objectifs et l'orientation générale à suivre dans les futures normes et les mesures de contrôle et, d'un mécanisme de contrôle en vue d'assurer le respect de la liberté syndicale.

3.4 Conférence de Philadelphie

Un pas très important fut franchi lors de la Conférence de Philadelphie en 1944. Les objectifs et les buts de l'Organisation internationale du Travail furent redéfinis lors de cette Conférence, ainsi que les principes qui devaient guider la politique des Etats Membres. Dans la «Déclaration sur les buts et objectifs de l'Organisation internationale du Travail» issue de cette Conférence et qui fait partie de la Constitution de l'OIT, la liberté d'expression et d'association ainsi que le principe de la négociation collective furent reconnus comme étant essentiels pour le progrès. Le principe contenu dans l'ancien article 41 de

²² Voir Conseil d'administration, procès verbal de la 75^e session, 1936, annexe XVII.

²³ *Ibid.*

la Constitution de l'Organisation internationale du Travail fut repris par cette déclaration.²⁴ Les principes de la Déclaration de Philadelphie ont joué un rôle déterminant dans le processus ultérieur d'élaboration des normes de l'OIT en matière de liberté syndicale et sur le mécanisme spécial de protection de ces droits, institué plus tard. La Déclaration définit aussi les relations entre l'OIT et toutes les organisations internationales.

En 1946, un accord de coopération fut conclu entre les Nations Unies et l'Organisation internationale du Travail. Cet accord reconnaît l'Organisation internationale du Travail comme l'agence spécialisée chargée de la protection des droits des travailleurs et des questions s'y référant.²⁵ Cet accord s'avérera aussi, par la suite, déterminant pour le traitement des questions concernant la liberté syndicale au sein de l'OIT.

La Troisième Conférence des Etats d'Amérique membres de l'OIT (Mexique, 1946), a adopté des résolutions sur la liberté syndicale (voir annexe I) qui énoncent les principes qui seraient repris plus tard dans les conventions n^{os} 87 et 98, c'est-à-dire les conventions fondamentales dans la matière.

3.5 L'élaboration de la Déclaration des droits de l'homme et la genèse du mécanisme spécial de l'OIT pour la protection des droits syndicaux

La question de la liberté syndicale fut abordée parmi les autres droits de l'homme au sein du Conseil économique et social des Nations Unies, dans le cadre de l'élaboration de la Déclaration des Droits de l'Homme, comme un des droits fondamentaux à protéger et, peu de temps après au sein de l'OIT, dans un processus où la complémentarité des deux organisations fut mise en relief. En 1947, à la demande du Conseil économique et social des Nations Unies, suite à des initiatives de la Fédération syndicale mondiale (FSM),²⁶ le 28 février 1947, et de la Fédération américaine du Travail (AFL), le 13 mars 1947, la question de la liberté syndicale fut enfin inscrite à l'ordre du jour de la Conférence internationale du Travail. En fait, ces organisations syndicales avaient présenté des projets de résolution concernant un mécanisme de sauvegarde de la liberté syndicale (voir annexes II et III) et une réglementation des droits syndicaux au

²⁴ L'article 41, qui était l'article 427 du Traité de Versailles, établissait déjà les principes qui régissaient l'Organisation internationale du Travail y compris le principe selon lequel le travail ne peut pas être considéré comme une marchandise et le droit d'association. Cet article a été repris par le paragraphe I de la Déclaration de Philadelphie lors de la quatrième séance de la Conférence internationale du Travail; voir Conférence internationale du Travail, 26^e session, 1944, *Compte rendu des travaux*, pp. 21-35, 586.

²⁵ Voir *Bulletin officiel*, vol. 29, 1946, pp. 297-306.

²⁶ Avant sa scission en janvier de 1949 et la création de la Confédération Internationale des Syndicats Libres (CISL) en décembre 1949.

Conseil économique et social qui décida de les transmettre à la Commission des droits de l'homme des Nations Unies et à l'Organisation internationale du Travail. Alors que l'initiative de la FSM visait plus clairement à l'établissement d'un mécanisme de contrôle des droits syndicaux (bien que dans le cadre des Nations Unies), celle de l'AFL mettait plus l'accent sur le contenu des droits syndicaux et insistait sur la compétence de l'OIT pour traiter de ces questions à la suite de l'accord de 1946 entre les deux organisations internationales. Il apparaît clairement que les deux initiatives s'inspirent des principes de la Déclaration de Philadelphie de 1944.

A sa 30^e session, la Conférence internationale du Travail « [a] pris note avec intérêt, à cet égard, des propositions faites [...] en vue de l'institution d'un organisme international de sauvegarde de la liberté d'association, et [a estimé] que ces propositions [méritaient] un examen approfondi et attentif ». En même temps, la Conférence reconnaissait

que ces propositions [soulevaient] des problèmes particulièrement complexes et difficiles, tels que, par exemple:

- i) des questions mettant en cause la souveraineté des Etats;
- ii) le rapport pouvant exister entre un tel organisme et les propositions actuellement examinées par les Nations Unies aux fins de faire porter effet à une Déclaration des droits de l'homme et d'instituer un organisme de sauvegarde de l'exercice d'autres libertés fondamentales, notamment la liberté de parole, d'information et de la liberté de réunion pour toutes fins non contraires aux lois;
- iii) la composition, le champ d'activité, les pouvoirs (y compris les pouvoirs d'enquête et d'investigation), et la procédure de l'organisme projeté;
- iv) l'autorité en vertu de laquelle l'organisme projeté exercerait son action.²⁷

Le projet de résolution ainsi adopté (voir annexe IV) contenait déjà tous les éléments des Conventions n^{os} 87 et 98 ainsi que le projet d'instauration d'un système de sauvegarde de la liberté d'association. Ces éléments étaient déjà inscrits dans la Résolution de Mexique de 1946 sur la liberté syndicale et dans les communications de 1947 de la FSM et de l'AFL au Conseil économique et social. Les objectifs de cette décision étaient premièrement, la protection des travailleurs et de leurs organisations contre la violation sur le plan professionnel ou syndical de tout droit fondamental et deuxièmement, l'adoption des mesures susceptibles de faire respecter de tels droits y compris un mécanisme de sauvegarde de ces droits.²⁸ Cette phase décisive pour la protection des droits

²⁷ Voir Conférence internationale du Travail, 30^e session, 1947, *Compte rendu des travaux*, annexe XIII, p. 572.

²⁸ Voir Conseil économique et social, neuvième session, E/1405, 14 juillet 1949.

syndicaux s'inscrivait dans l'évolution des valeurs de la communauté internationale à la fin de la Deuxième Guerre mondiale avec une tendance humaniste très marquée et une prise de conscience de la dignité humaine, du besoin de garantir et respecter les droits fondamentaux de l'homme et du rôle de la justice sociale comme facteurs de paix.

Le projet de résolution concernant la liberté syndicale approuvé par la Conférence internationale du Travail en 1947 aboutit finalement à l'adoption en 1948 par la Conférence de la Convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical. Celle-ci traite du droit des travailleurs et des employeurs de constituer librement et de s'affilier aux organisations de leur choix sans autorisation préalable, des droits fondamentaux de celles-ci et de certaines garanties visant la protection de leur autonomie contre toute ingérence de la part des autorités. Dorénavant, les Etats Membres qui ratifieraient cette Convention seraient tenus de mettre en œuvre des obligations détaillées en matière de liberté syndicale explicitant celles qui étaient déjà formulées dans la Constitution, son Préambule et la Déclaration de Philadelphie.

En 1949, la Conférence internationale du Travail a adopté la Convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective. Cette convention consacre la protection contre la discrimination antisyndicale ainsi que contre l'ingérence de la part des employeurs ou des organisations d'employeurs dans les organisations des travailleurs et vice-versa. Le droit de négociation collective est aussi reconnu dans cette convention. Il faut signaler que les Conventions n°s 87 et 98 sont complémentaires. En effet, la première protège contre les ingérences des autorités publiques dans la constitution et le fonctionnement des organisations syndicales et s'applique à tous les travailleurs avec, comme unique exception, les forces armées et la police dont la mesure des garanties applicables sera déterminée par la législation nationale. De son côté, la convention n° 98 protège contre les actes de discrimination et d'ingérence en particulier des employeurs. Cependant, cette dernière ne traite pas de la situation des fonctionnaires publics commis à l'administration de l'Etat.

Ultérieurement, d'autres instruments sont venus compléter le cadre de la protection internationale des droits syndicaux et constituent des avancées considérables. Tel est le cas de la Convention n° 135 destinée à garantir aux représentants du personnel dans l'entreprise une protection efficace contre tout acte préjudiciel, de la Convention n° 141 sur le droit d'organisation des travailleurs ruraux, de la Convention n° 151 sur les employés publics et de la Convention n° 154 sur la promotion de la négociation collective.²⁹

²⁹ Voir *Droit syndical de l'OIT*, BIT, 1995.

III. La création de la Commission d'investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale

Le 24 mars 1947, le Conseil économique et social adopta la résolution suivante:

Le Conseil économique et social, ayant pris acte de la question inscrite à son ordre du jour à la demande de la Fédération syndicale mondiale, et relative aux droits syndicaux, ainsi que des notes présentées par la Fédération syndicale mondiale et par l'American Federation of Labor, décide de transmettre ces documents à l'Organisation internationale du Travail en la priant de porter ces questions à l'ordre du jour de sa prochaine session, et d'envoyer un rapport au Conseil économique et social pour examen lors de sa prochaine session. Le Conseil économique et social décide en outre de transmettre ces documents à la Commission des droits de l'homme pour qu'elle étudie ceux des aspects de la question qui pourraient avoir leur place dans une déclaration des droits de l'homme.³⁰

Revenant à la question du mécanisme de sauvegarde de la liberté syndicale, à partir de 1947, beaucoup de discussions furent entreprises au sein du Conseil économique et social³¹ et de l'Organisation internationale du Travail afin, de déterminer si la protection de la liberté syndicale était du ressort de l'un ou de l'autre ou des deux à la fois. Il fallait déterminer où les négociations seraient entreprises et de qui dépendrait le futur organisme. En effet, quelques pays considéraient que la question de la liberté syndicale ne devait pas être traitée par l'Organisation internationale du Travail du fait que la question de la liberté syndicale «[dépassait] de beaucoup le mandat de l'Organisation internationale du Travail», que de nombreux Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies n'appartenaient pas à l'Organisation internationale du Travail. Dès lors, ses décisions ne seraient pas obligatoires pour eux. En outre, pour certains, les résultats des activités de l'OIT pour la protection des travailleurs étaient assez pauvres³² surtout à cause de la composition tripartite de l'Organisation internationale du Travail. Ces points de vue furent partagés par le représentant de la Fédération syndicale mondiale (organisation qui après sa scission en janvier de 1949 avait une orientation communiste et siégeait à Prague) qui lors de la 109^e session du Conseil d'administration, suggéra «que le Conseil d'administration note que l'Organisation, dans le cadre de sa Constitution, n'est pas en mesure de prendre

³⁰ Voir Conseil économique et social, neuvième session, E/1405, 14 juillet, 1949, Résolution 52(IV), p. 43.

³¹ Voir Conseil économique et social, août 1949, E/1475, E/1478 et E/1483.

³² Voir Conseil économique et social, E/1475 et E/1478, 1949, p. 489 et suiv.

des dispositions efficaces pour mettre fin aux violations du droit syndical». De plus, il estima que le Conseil économique et social serait l'organe le plus élevé de la hiérarchie des organisations internationales et qu'il n'était composé que de représentants gouvernementaux. La Fédération américaine du Travail, par contre, considérait que la question devrait être traitée au sein de l'Organisation internationale du Travail.

Finalement, le Conseil d'administration du BIT, réuni à Genève en juin 1949, constatant «que le mécanisme et l'appareil de l'OIT ne permettaient pas l'application effective immédiate des droits syndicaux» approuva l'établissement d'une Commission d'investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale aux termes suivants:

1. Le Conseil d'Administration approuve l'établissement d'une commission d'investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale afin d'assurer le contrôle de l'application de la liberté syndicale ainsi qu'il est suggéré dans le paragraphe 16 des propositions formulées par le Directeur Général.

2. Le Conseil d'Administration charge le Directeur Général de poursuivre les consultations entreprises auprès du Secrétaire général des Nations Unies afin d'examiner de quelle manière une telle Commission pourrait être le plus utilement établie.

3. Le Conseil d'Administration charge le Directeur Général, à la lumière de ces consultations, de présenter au Conseil d'Administration, au cours d'une prochaine session, des propositions détaillées concernant le mandat, la procédure et la composition d'une telle commission.³³

En même temps, le Conseil a chargé le Directeur Général d'entamer des négociations immédiates avec les organismes compétents de l'ONU pour l'établissement d'une commission permanente des droits syndicaux ainsi que de présenter au Conseil d'Administration des propositions détaillées concernant le mandat, la procédure et la composition d'une telle commission.³⁴

En 1950, lors de la 33^e session de la Conférence internationale du Travail, les représentants des gouvernements de l'Afrique du Sud, de l'Australie et de

³³ Voir Conseil d'administration, procès verbal de la 109^e session, juin 1949.

³⁴ Saisi du texte de la résolution du Conseil d'administration ainsi que des observations présentées par le Secrétaire général des Nations Unies, le Conseil économique et social adopta le 2 août 1949, une résolution invitant l'OIT à poursuivre non seulement en son nom propre, mais au nom des Nations Unies, l'établissement de la Commission d'investigation et de conciliation, et pria le Secrétaire général et le Directeur Général de mettre au point une procédure permettant aux organes compétents des Nations Unies de recourir aux services de la commission à l'égard des Membres des Nations Unies qui ne sont pas Membres de l'OIT; voir documents des Nations Unies E/1401 et E/1405 cités dans Conférence internationale du Travail, 33^e session, 1950, *Compte rendu des travaux*, annexe XII, p. 578.

l'Argentine manifestèrent quelques doutes quant à la faculté du Conseil d'administration d'instituer une Commission d'investigation et de conciliation. Ils considéraient que le Conseil n'avait pas reçu des instructions et des pouvoirs, ni lors de la Conférence de San Francisco en 1948 ni de la Constitution, pour prendre de telles mesures et, que même la Conférence ne disposait pas d'une telle autorisation. Ils considéraient que pour qu'un tel organisme soit créé, il fallait d'abord procéder à une modification de la Constitution. De plus, le représentant australien manifesta qu'à son avis la compétence de la Commission devait se limiter aux cas où il y avait non seulement consentement de l'Etat concerné mais aussi une convention ratifiée. Par contre, les membres appartenant aux trois groupes estimaient que le Conseil d'administration n'avait pas dépassé le mandat dont l'avait investi la Conférence de San Francisco en 1948 et, qu'il n'avait pas non-plus outrepassé les pouvoirs que lui conféra la Constitution.³⁵ Ils soulignèrent que les droits des Etats étaient pleinement respectés puisque l'intervention de la Commission d'investigation était subordonnée à leur consentement. Finalement ces arguments ont été rejetés sur la base de l'article 10 de la Constitution de l'OIT qui accordait de larges facultés au Conseil d'administration pour recueillir et diffuser des informations, ce qui impliquait aussi la possibilité de mener des enquêtes.³⁶

Lors de sa 110^e session, le Conseil d'administration adopta la note du Bureau établissant la procédure de la Commission d'investigation et de conciliation.³⁷ Cette commission pourrait être saisie à la demande soit des Nations Unies, soit de l'Organisation internationale du Travail. Chacune des deux institutions devait examiner au préalable les plaintes qui leur étaient adressées pour vérifier si elles remplassaient les conditions de forme requises pour être recevables et, les transmettre au Conseil d'administration qui à son tour examinerait l'éventuelle saisine de la Commission.

Le Conseil économique et social adopta à son tour, le 17 février 1950 la résolution 277(X) aux termes de laquelle le Conseil approuva la décision prise par le Conseil d'administration du Bureau international du Travail d'établir une Commission d'investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale, accepta au nom des Nations Unies les services de l'Organisation internationale du Travail et de la Commission d'investigation et de conciliation établie par l'Organisation internationale du Travail et décida de transmettre au Conseil d'administration du

³⁵ Voir Conférence internationale du Travail, 33^e session, 1950, *Compte rendu des travaux*, pp. 264-268, 282-284, 411-412.

³⁶ Voir Geraldo von Potobsky et Hector Bartolomei de la Cruz, *La Organización Internacional del Trabajo*, 1990, Buenos Aires, Editorial Astrea, p. 122.

³⁷ Voir Conseil d'administration, procès verbal de la 110^e session, 1950, annexe VI (incluant aussi la correspondance échangée entre le Secrétaire général de la Fédération syndicale mondiale et le Directeur Général ainsi que les observations faites par le Secrétaire général de l'ONU à la note du Directeur Général).

Bureau international du Travail, en vue de leur possible renvoi à la Commission, toutes les plaintes relatives à des atteintes aux droits syndicaux, que des gouvernements ou des organisations syndicales, ouvrières ou patronales, porteraient contre les Etats Membres de l'Organisation internationale du Travail.

Afin d'établir la compétence de cette Commission, un débat s'engagea sur la nécessité de compter avec le consentement du gouvernement intéressé avant d'entreprendre une investigation. Beaucoup d'Etats Membres considéraient que cela rendrait l'institution de la Commission fort improbable; d'autres estimaient que le respect du principe de la souveraineté des Etats imposait l'obligation d'avoir le consentement de l'Etat avant d'entamer toute investigation. Finalement, cette dernière opinion prévalut. Pourtant, avec l'adoption des Conventions n^{os} 87 et 98, l'obtention du consentement n'était plus nécessaire pour les Etats les ayant ratifiées. Ainsi lorsqu'il n'y avait pas de Convention le consentement de l'Etat concerné était requis et lorsqu'il y avait convention il n'était plus nécessaire.³⁸

La Commission d'investigation et conciliation en matière de liberté syndicale est composée de neuf membres indépendants élus sur la proposition du Directeur Général,³⁹ en raison de leurs compétences et de leur impartialité. Sa mission consiste à enquêter sur les plaintes présentées par le Conseil d'administration, après avoir obtenu le consentement de l'Etat concerné.⁴⁰ Seules sont recevables les plaintes présentées par les organisations de travailleurs et d'employeurs ou par les gouvernements, outre celles transmises par l'Assemblée Générale des Nations Unies et le Conseil économique et social des Nations Unies. Les plaintes contre des pays qui ne sont pas membres de l'Organisation internationale du Travail mais, qui sont membres des Nations Unies sont recevables avec une procédure spéciale.⁴¹ Les plaintes présentées par des particuliers ne sont pas recevables.

Les plaintes pour violation des droits syndicaux sont communiquées au Conseil d'administration qui à son tour les transmettra à la Commission d'investigation et conciliation. Au début ces plaintes étaient examinées de manière préliminaire par le bureau du Conseil d'administration lequel les communiquait au gouvernement concerné afin d'obtenir son consentement pour procéder à des enquêtes. Si, de l'avis du bureau du Conseil d'administration la plainte était recevable et méritait un examen plus approfondi, il pouvait la transmettre à la Commission.⁴²

³⁸ Voir Nicolas Valticos, «Un système de contrôle international: la mise en œuvre des conventions internationales du Travail», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 123, 1968, p. 372.

³⁹ Voir Conseil d'administration, procès verbal de la 110^e session, 1950, annexe VI, paragr. 6.

⁴⁰ *Ibid.*, paragr. 9 et 10.

⁴¹ *Ibid.*, paragr. 14.

⁴² *Ibid.*, paragr. 11.

La commission est en outre investie d'une fonction de conciliation. En effet, elle ne doit pas seulement se prononcer sur les allégations formulées, mais chercher dans la mesure du possible une solution acceptable par les parties. Par ce biais, on pourrait affirmer, avec Nicolas Valticos, que la Commission ne vise pas un contentieux de la légalité mais l'assurance de l'efficacité des normes adoptées par l'Organisation.⁴³ Avec les modifications qui allaient être faites par la suite à la procédure de protection de la liberté syndicale, avec la création du Comité de la liberté syndicale, cette fonction conciliatrice a été quelque peu estompée.

En effet, la Commission d'investigation et de conciliation a été saisie d'un nombre limité de cas: Japon (1964), la Grèce (1965-1966), Lesotho (1973-1975), Chili (1974-1975), Etats Unis/Puerto Rico (1978-1981) et Afrique du Sud (1992). Cela s'explique en partie par le besoin d'obtenir le consentement de l'Etat concerné s'il n'a pas ratifié les conventions sur la liberté syndicale et, par le coût très élevé que sa procédure implique. En général, sa procédure a comporté des visites sur place et l'audition des parties. Il faut remarquer, cependant, que les cas du Lesotho, des Etats Unis/Puerto Rico et de l'Afrique du Sud ont été portés devant la Commission d'investigation et de conciliation parce qu'à l'époque ces pays-là n'étaient pas membres de l'OIT et donc, le Comité de la liberté syndicale ne pouvait les traiter que de façon préliminaire.

IV. La création du Comité de la liberté syndicale

En 1951, lors de la 117^e session,⁴⁴ le Conseil a procédé à une révision de la procédure devant la Commission d'investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale en vue de la rendre à la fois plus souple et plus efficace (voir annexe V). Il a procédé alors à la création d'un Comité au sein du Conseil d'administration, composé de neuf membres titulaires (en nombre égal des membres du gouvernement, des travailleurs et des employeurs) y compris les membres de son bureau et neuf membres suppléants, lequel doit: i) procéder à l'examen préliminaire qui était jusqu'ici confié aux membres du bureau du Conseil et examiner la recevabilité des plaintes; ii) soumettre au Conseil d'administration un rapport sur les progrès réalisés pour tous les cas qui méritaient un examen plus approfondi, et iii) faire des recommandations au Conseil concernant toute mesure appropriée en cas d'absence de réponse du

⁴³ Voir Valticos, précité note 38, p. 378. Voir aussi Nicolas Valticos, «La Commission d'investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale et le mécanisme de protection internationale des droits syndicaux», *Annuaire français de droit international*, vol. 13, 1967, p. 448.

⁴⁴ Voir *Bulletin officiel*, vol. 34, 1951, p. 211 et suiv.

gouvernement en ce qui concerne son agrément pour le renvoi de la plainte à la Commission d'investigation et de conciliation. Afin de conserver l'indépendance du Comité de la liberté syndicale, lorsque celui-ci est saisi d'une affaire, ses membres ressortissant du pays mis en cause ou occupant une charge officielle au sein de l'organisation qui a formulé une plainte ne peuvent participer aux délibérations.

Contrairement à la Commission d'investigation et de conciliation, le Comité n'était pas tenu d'obtenir le consentement de l'Etat concerné pour procéder à l'examen des plaintes. De ce fait, le Comité n'hésita pas à formuler des conclusions et recommandations relevant des manquements dans la législation ou la pratique nationale et, à signaler au Conseil d'administration les anomalies constatées. Les décisions du Comité, qui sont soumises au Conseil pour approbation, peuvent être de trois catégories: soit, il décide de classer l'affaire soit, il considère que la plainte est fondée et formule les recommandations pertinentes au Gouvernement concerné ou dans les cas exceptionnels, il renvoie l'affaire à la Commission d'investigation et de conciliation.⁴⁵ Le Comité a été saisi depuis sa création de plus de 2,300 cas concernant des allégations de violations des droits d'association et de la liberté syndicale.

Il apparaît donc qu'au début, le Comité de la Liberté syndicale ait été créé pour examiner de manière préliminaire les plaintes en matière de liberté syndicale et les observations des gouvernements concernés en vue d'un éventuel renvoi de l'affaire devant la Commission d'investigation et de conciliation. Le Comité examinait en particulier si les cas méritaient un examen du Conseil d'administration, portait à la connaissance du Conseil si un cas n'appelait pas un examen plus approfondi (par exemple parce que les allégations ne portaient pas atteinte aux droits syndicaux ou parce que les plaignants ne présentaient pas de preuves suffisantes), présentait un rapport au Conseil sur les progrès réalisés et dans certains cas recommandait des mesures appropriées.

Peu de temps après, compte tenu des besoins et, sur la base de nouvelles règles de procédure approuvées par le Conseil d'administration, le Comité a dû procéder à un examen complet, quant au fond des plaintes présentées afin de pouvoir se prononcer sur la suite à donner aux plaintes déposées. Par la suite, le Comité a perfectionné à plusieurs reprises sa procédure.

⁴⁵ Voir Valticos, précité note 38, p. 370.

V. Conclusions

Le mécanisme spécial de protection du droit d'association et de la liberté syndicale prit plus de trente ans pour se constituer depuis la création de l'OIT. A part certaines raisons techniques, ce long délai s'explique par le manque de volonté politique jusqu'à la fin de la Deuxième Guerre mondiale mais aussi parce que les conventions fondamentales de l'OIT en matière de liberté syndicale et négociation collective ne furent adoptées qu'en 1948 et 1949. Celles-ci ont permis de définir et préciser les principes de la liberté syndicale à protéger par le biais d'un mécanisme de contrôle. Néanmoins, le long délai a aussi permis d'aboutir à un mécanisme innovateur et très bien conçu qui a tenu compte en profondeur des problèmes en cause.

Ce mécanisme spécial est le résultat de la coopération entre les Nations Unies et l'OIT et, les antécédents les plus proches sont la Résolution de Mexique sur la liberté syndicale dans le cadre de la Conférence des Etats d'Amérique Membres de l'OIT (1946) et, les pétitions de la Fédération syndicale mondiale et de la Fédération américaine du Travail (1947) lors de l'élaboration de la Déclaration des droits de l'homme. Il est possible donc d'établir dans leur processus de création, un parallèle entre la Commission des droits de l'homme des Nations Unies (1948) pour les droits de l'homme en général et le mécanisme spécial de contrôle institué au sein de l'OIT (1950) pour ce qui est de la liberté syndicale.

Finalement, il est important de relever que ce mécanisme spécial de contrôle peut être mis en marche même dans les cas où les Etats contre lesquels les plaintes sont présentées n'ont pas ratifié les conventions de l'OIT en matière de droits syndicaux, ce qui n'avait pas de précédents dans le droit international.

ANNEXE I

**Résolutions de la Conférence des Etats d'Amérique
Membres de l'OIT, Mexique 1946**

Résolution concernant la garantie constitutionnelle de la liberté d'association

Considérant que la liberté des hommes et des peuples sous ses diverses formes est l'un des principes essentiels de la démocratie, a été et continue à être l'une des aspirations des peuples d'Amérique;

Considérant que les libertés fondamentales de l'homme doivent figurer dans la constitution politique de chaque pays et que, de même que dans le passé, des «déclarations des droits» ont été insérées dans les différentes constitutions, de même, dans l'avenir, les droits sociaux, parmi lesquels la liberté d'association est au premier plan, devraient être garantis de la même manière,

La troisième Conférence des Etats d'Amérique Membres de l'Organisation internationale du Travail adopte la résolution suivante:

Les Etats d'Amérique devraient garantir la liberté d'association dans leurs constitutions.

Résolution concernant la liberté d'association

Considérant que la Constitution de l'Organisation internationale du Travail affirme le principe de la liberté d'association; que la Déclaration de Philadelphie a proclamé de nouveau que la liberté d'association est indispensable pour un progrès soutenu que les Conférences régionales des Etats d'Amérique Membres de l'Organisation internationale du Travail, tenues à Santiago et à La Havane, ont, par plusieurs résolutions, attiré l'attention de l'Organisation internationale du Travail sur la nécessité de garantir l'application du principe de la liberté d'association; et que la reconnaissance du droit d'association est indispensable au fonctionnement de l'Organisation internationale du Travail, qui rassemble en un effort commun les gouvernements et les organisations professionnelles les plus représentatives des employeurs et des travailleurs;

Considérant que les niveaux de vie, le fonctionnement normal de l'économie nationale et la stabilité sociale et économique dépendent d'un système bien organisé de relations industrielles dans lesquelles les parties intéressées placent leur confiance; que des organisations d'employeurs et de travailleurs ne peuvent utilement accomplir leurs tâches si elles ne jouissent pas de la plus large mesure d'indépendance à l'égard des autorités publiques et, que la liberté d'association doit être la base d'un régime stable de relations industrielles,

La troisième Conférence des Etats d'Amérique Membres de l'Organisation internationale du Travail attire l'attention des Etats Membres américains sur les principes suivants, qui paraissent constituer une définition appropriée de la liberté d'association:

- I. Les employeurs et les travailleurs, publics ou privés, sans distinction d'occupation, de sexe, de couleur, de race, de croyance ou de nationalité, devraient avoir le droit de constituer des organisations de leur choix sans autorisation préalable.

- II. Les organisations d'employeurs et de travailleurs devraient jouir d'une pleine autonomie pour organiser leur gestion et leur activité, pour élaborer leurs statuts et leurs règlements administratifs et pour formuler leurs programmes d'action.
- III. Les organisations d'employeurs et de travailleurs ne devraient pas être sujettes à dissolution par voie d'arrêtés administratifs, dans les pays où la dissolution forcée est imposée à titre de sanction pour certains actes jugés illégaux, les organisations professionnelles devraient avoir droit à la protection entière de la procédure appropriée.
- IV. Les organisations devraient avoir le droit de constituer des fédérations et des confédérations d'organisations professionnelles; la constitution, le fonctionnement et la dissolution de fédérations et confédérations ne devraient pas être subordonné à des formalités autres que celles qui sont prescrites pour les organisations de travailleurs et d'employeurs.
- V. Lorsque l'acquisition de privilèges spéciaux par des organisations est subordonnée à certaines conditions de fond et de forme, ces conditions ne devraient pas être de nature à porter atteinte à la liberté d'association telle qu'elle est définie ci-dessus.

Résolution concernant la protection du droit d'organisation et de négociation collective

Considérant que la Déclaration de Philadelphie a proclamé la nécessité d'une reconnaissance effective du droit de négociation collective;

Considérant qu'il est de l'intérêt de toutes les parties que les conditions d'emploi soient fixées par voie de négociations collectives;

Considérant que les négociations collectives ne peuvent être fondées que sur le respect du droit d'organisation de toutes les parties intéressées et sur l'acceptation de bonne foi du principe des négociations collectives;

Considérant qu'il est, par conséquent, du devoir de l'Etat de garantir l'exercice du droit d'organisation et de faciliter les négociations collectives par tous les moyens possibles.

La troisième Conférence des Etats d'Amérique Membres de l'Organisation internationale du Travail attire l'attention des Etats Membres américains sur les principes suivants qui paraissent fournir une base appropriée pour la réglementation des négociations collectives:

[...]

VI. PROTECTION DE L'EXERCICE DU DROIT D'ORGANISATION

1. Etant donné qu'il peut être porté atteinte au droit individuel du travailleur à s'organiser par des mesures discriminatoires l'affectant, soit au moment de l'embauchage, soit pendant qu'il occupe un emploi, la loi devrait tout spécialement interdire, de la part de l'employeur ou de ses agents, tous actes visant à:
 - a) subordonner l'embauchage du travailleur à la condition expresse qu'il s'affilie à un certain syndicat ou se retire d'un syndicat dont il fait partie;
 - b) porter préjudice ou atteinte, d'une manière quelconque, à un travailleur en raison du fait qu'il est membre, agent ou dirigeant d'un certain syndicat;

- c) congédier un travailleur pour la seule raison qu'il est membre, agent ou dirigeant d'un certain syndicat;
 - d) d'une façon générale, exercer une pression quelconque sur un travailleur en vue de l'obliger à faire partie ou non d'un certain syndicat.
2. En vue d'assurer que les négociations collectives soient entamées de bonne foi, la loi devrait tout spécialement interdire, de la part de l'employeur ou des organisations d'employeurs et de leurs agents, tous actes visant à:
- a) favoriser la constitution de syndicats placés sous la dépendance de l'employeur;
 - b) intervenir dans la constitution ou la gestion d'un syndicat ou le soutenir par des moyens financiers ou autrement, sauf qu'il ne devrait pas être interdit à un employeur de permettre à des travailleurs de conférer avec lui pendant les heures de travail sans perte de temps ou de rémunération et, d'autre part, que rien dans les dispositions de la loi ne devrait interdire la perception de cotisations;
 - c) entraver l'exercice du droit des travailleurs à constituer des organisations, à conclure des conventions collectives et à exercer une action concertée pour la défense et la protection de leurs droits;
 - d) refuser de reconnaître des syndicats et de négocier avec eux en vue de la conclusion de conventions collectives.
- Il devrait toutefois être entendu qu'une disposition d'une convention collective exigeant l'affiliation obligatoire à un certain syndicat, non seulement comme condition préalable à l'emploi, mais également comme condition de la continuation de l'emploi, n'est pas interdite par la présente résolution.
3. Des mesures législatives appropriées devraient garantir, dans chaque pays, l'exercice des droits syndicaux et les activités des dirigeants ouvriers, particulièrement pendant la préparation et la durée des grèves, de façon que les dirigeants ouvriers ne puissent être congédiés, poursuivis ou privés de leur liberté en raison de leurs activités syndicales légitimes.

VII. MÉCANISMES DES NÉGOCIATIONS COLLECTIVES

1. L'Etat devrait s'engager à mettre à la disposition des parties des organes visant à assurer le respect du droit d'organisation tel qu'il est défini ci-dessus.
2. A ces organes devrait être reconnue la faculté exclusive, dans la mesure où le système judiciaire le permet, de connaître des violations de l'exercice du droit d'organisation et d'imposer des sanctions à cet égard.
3. Ces organes devraient avoir qualité pour déterminer quelle organisation de travailleurs représente la majorité des travailleurs aux fins des négociations collectives; en cas de désaccord, ils devraient organiser une élection au scrutin secret et certifier quel est le syndicat qui représente la majorité des votants, dans l'unité appropriée pour les négociations collectives, comme le représentant exclusif de tous les travailleurs de cette unité aux fins des négociations collectives.

Résolution concernant la validité des conventions collectives

Considérant que les conventions collectives constituent le moyen le plus approprié pour la réglementation des salaires et autres conditions d'emploi et, que les parties à ces conventions doivent être entièrement libres de fixer leur substance, leur portée et leur durée;

Considérant qu'un mécanisme devrait être prévu pour assurer que les dispositions d'une convention collective conclue à titre facultatif sont dûment observées par tous les employeurs et les travailleurs des entreprises, occupations ou industries visées par la convention collective.

La troisième Conférence des Etats d'Amérique Membres de l'Organisation internationale du Travail attire l'attention des Etats Membres américains sur le principe suivant qui devrait servir de guide pour l'élaboration future des lois et règlements nationaux en matière de conventions collectives:

Les dispositions de la convention collective devraient être applicables à tous les travailleurs dans l'unité appropriée pour les négociations collectives au sein de l'entreprise ou des entreprises même s'ils ne sont pas membres de l'organisation qui a conclu la convention.

ANNEXE II

**Projet de résolution soumis par la Fédération syndicale mondiale
au Conseil économique et social concernant les garanties d'exercice
et de développement du droit syndical
(28 février 1947 E/C.2/28)**

1. Depuis la fin de la deuxième guerre mondiale, on constate que certaines interventions tendent, dans divers pays à détruire les fondements mêmes du droit syndical. Les moyens mis en œuvre pour juguler l'essor du syndicalisme sont notamment les suivants: Le renvoi massif d'ouvriers syndiqués, l'arrestation des militants et des chefs syndicalistes, l'occupation des locaux des syndicats, la révocation par le gouvernement des organes démocratiquement désignés par les syndicats, la désignation par le gouvernement des dirigeants syndicaux, l'interdiction pour les travailleurs de couleur ou indigènes de s'organiser professionnellement, l'interdiction aux organisations professionnelles de se fédérer sur le plan professionnel ou interprofessionnel, localement, nationalement ou internationalement, etc.

2. De telles atteintes au droit syndical peuvent illustrer la persistance, dans certains pays, d'idéologies néfastes qui ont fait courir au monde un péril mortel. Le respect du droit syndical, comme élément de paix et de coopération entre les peuples, doit être assuré sur le terrain international.

3. Le syndicalisme lorsque aucun obstacle ne vient entraver son évolution naturelle, tend à dépasser les intérêts particuliers de ses membres pour devenir de plus en plus le porte-parole de l'intérêt général. Cet aspect de l'évolution se manifeste également dans les programmes de réorganisation économique formulés par les syndicats ouvriers dans la plupart des pays. Se basant sur l'idée généralement admise que l'exercice du droit de propriété est une fonction sociale, le syndicalisme, représentant des producteurs, insiste sur la nécessité de faire participer toujours davantage la collectivité à la direction générale de l'économie.

4. Dans le domaine social, le rôle des syndicats est encore plus important. Ils concluent des conventions collectives qui peuvent être étendues à l'ensemble des salariés de la profession ou de la nation, c'est-à-dire même à ceux qui ne sont pas membres de ces organisations. Les syndicats reçoivent ainsi, dans certains cas, un pouvoir de réglementation. Ils participent aussi, dans un grand nombre de pays, au contrôle, à la gestion des entreprises et même aux activités de l'Etat; c'est ainsi qu'ils participent: à la préparation de la législation sociale par des conseils consultatifs, des conseils de travail et des conseils économiques, à l'application de la législation sociale, en gérant les institutions de sécurité sociale, en collaborant aux organismes d'inspection, aux institutions de conciliation et d'arbitrage et aux tribunaux du travail, en surveillant le placement, l'apprentissage et la formation professionnelle, la réglementation des prix, etc.;

5. Ainsi, en temps de guerre, comme dans la paix, les Etats font appel aux organisations syndicales en vue d'introduire plus de justice dans leur régime social, une efficacité plus grande et une organisation plus rationnelle dans leur système économique. La garantie d'une évolution pacifique conforme aux faits et au développement démocratique ne peut être assurée que de cette manière. Si, par exemple, on met les salariés dans l'impossibilité de conclure des conventions collectives, les travailleurs ne

peuvent plus redresser les torts qui leur sont faits que par la cessation collective du travail et par l'agitation.

6. Cette évolution, qu'il s'agit de garantir et de généraliser, n'est que l'expression du principe démocratique, suivant lequel la politique sociale et économique doit être déterminée avec la participation des intéressés, c'est-à-dire des producteurs. Ce principe est d'autant plus valable que la guerre pour la victoire de la démocratie et de la liberté a été menée à bonne fin avec le concours actif de la classe ouvrière et grâce à ses sacrifices. Déjà, la victoire des Nations Unies a provoqué partout un essor du syndicalisme qui est indissolublement lié au progrès social et au développement des libertés populaires.

7. Le syndicalisme moderne joue à l'intérieur de l'Etat un rôle de plus en plus important. Mais ce rôle ne pourra être efficace et n'aura de valeur pour la collectivité que si le mouvement syndical conserve son indépendance, son autonomie et son caractère spontané. Il convient donc que la mainmise de l'Etat sur les syndicats et sur le mouvement ouvrier ne puisse s'effectuer par des moyens tels que: nomination des organes directeurs et des cadres par les pouvoirs publics, ingérence de ces derniers à tout autre titre dans le fonctionnement des syndicats.

8. D'autre part, tout empêchement à la fédération des organisations syndicales sur le plan professionnel et interprofessionnel, localement, nationalement et internationalement, constitue une atteinte très grave à la liberté syndicale. En effet, la notion d'organisation est à la base même du mouvement syndical, qui, de par sa nature, tend à s'intégrer dans des ensembles de plus en plus vastes. La pratique syndicale de tous les pays est décisive dans ce sens et tout *effort* contraire ne pourrait tendre qu'à ressusciter un corporatisme condamné par les faits.

De plus, l'évolution du syndicalisme déborde les frontières nationales et se manifeste avec une égale intensité sur le plan International.

9. Dès la fin de la première guerre mondiale, la Conférence de la paix a insisté sur la nécessité de l'organisation de la classe ouvrière. Celle-ci a participé, par l'intermédiaire de ses représentants, à une série de conférences et d'organisations internationales et ainsi la personnalité internationale des organisations ouvrières est devenue une réalité incontestable.

10. Il convient de signaler l'action entreprise par la F. S. M. après la deuxième guerre mondiale en vue d'aider à l'organisation syndicale dans les pays libérés ou vaincus, action qui constitue un des facteurs les plus importants d'une généralisation de la démocratie sur le terrain politique, social et économique et dont l'effet bienfaisant a été reconnu par les gouvernements intéressés.

11. Après la deuxième guerre mondiale, l'évolution que nous avons fait ressortir à la fois sur le plan national et sur le terrain international n'a fait que se consolider. Déjà, des rapports confiants ont été établis entre le Conseil économique et social et la Fédération syndicale mondiale.

12. D'autre part, d'après l'article 1 (3) de leur Charte, les Nations Unies se proposent comme un de leurs buts la réalisation de la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous sans distinction de race, de sexe, de langue ou de

religion. La même idée est reprise par les articles 55 *e)* et 62 de la Charte. Or, la réalisation de cet objectif suppose la généralisation et l'affermissement du syndicalisme sur le plan national et international.

13. Une coopération effective en matière économique et sociale n'est possible qu'avec le concours des masses populaires, auxquelles il faut assurer toujours plus de bien-être et dont les éléments les plus conscients sont organisés au sein des syndicats.

La reconnaissance du droit syndical et l'usage de ce droit sans entraves et sans contestation doivent permettre le plein développement des activités syndicales. Celles-ci peuvent amener les organisations syndicales, dans chaque pays, à coopérer à l'établissement et à l'application de la législation sociale. De ce droit social progressiste, affirmant les possibilités constructives du syndicalisme, peut naître un droit nouveau, celui qui permet aux syndicats d'accéder à la détermination des politiques économique et sociale dans chaque nation.

14. Les mouvements inorganisés, spontanés, anarchiques, peuvent être dangereux pour la paix intérieure de chaque pays. Si l'on désire établir une coopération internationale effective, il faut arriver à une pacification, à la consolidation du régime démocratique à l'intérieur de chaque Etat

15. Le respect effectif du droit syndical, en plus des garanties propres à chaque nation, a besoin d'une caution de caractère international, chaque fois que l'usage de ce droit peut donner lieu à des développements pouvant affecter ou se répercuter dans la vie internationale. La pratique nationale et internationale permet de dégager, pour le droit syndical, un véritable droit commun international, dont le respect, dans tous les Etats, doit être assuré par le Conseil économique et social.

**

Sur la base des considérations qui précèdent, la FSM soumet au Conseil économique et social la résolution suivante:

- I. Le droit syndical est reconnu comme un droit inviolable dont bénéficient les travailleurs salariés pour la défense des intérêts professionnels et sociaux.
- II. Les organisations syndicales doivent pouvoir s'administrer, délibérer et décider librement sur les questions de leur compétence conformément aux lois et à leurs statuts, sans ingérence dans leur fonctionnement des organes gouvernementaux ou administratifs.
- III. Rien ne doit empêcher les organisations syndicales de se fédérer sur le plan professionnel et interprofessionnel, localement, régionalement, nationalement et internationalement.
- IV. Toute législation restrictive aux principes ci-dessus énoncés est contraire à la coopération économique et sociale définie par la Charte des Nations Unies.

Le Conseil économique et social décide la création d'une Commission du droit syndical, qui surveillera d'une façon permanente le respect du droit syndical. Chaque fois que les principes susmentionnés se trouvent être violés, la Commission procédera aux enquêtes nécessaires et émettra des recommandations au Conseil économique et social sur les mesures à prendre.

ANNEXE III

**Mémoire et projet de résolution soumis par la Fédération américaine
du Travail au Conseil économique et social sur les garanties d'exercice
et de développement du droit syndical
(13 mars 1947 E/C. 2/32)**

1) La Fédération syndicale mondiale a, le 28 avril 1947, fait distribuer aux membres du Conseil économique et social le document E/C.2/28. Ce dernier renferme le texte d'un projet de résolution concernant les garanties d'exercice et de développement du droit syndical.

2) Dans le document E/CT.2/2, distribué le 20 août 1946 aux membres du Conseil, la Fédération américaine du Travail a présenté un projet de «déclaration internationale des droits», où elle a repris, entre autres, les points fondamentaux soulevés par la Fédération syndicale mondiale. C'est ainsi qu'elle a demandé dans son projet que l'on adopte les dispositions suivantes comme partie intégrante de la «déclaration internationale des droits»:

IV

DROITS FONDAMENTAUX DE L'HOMME

Tant que les peuples ne seront pas à l'abri de la menace de la tyrannie que font peser sur eux les bureaucrates absolutistes, ou les dictateurs, et tant qu'ils ne seront pas à l'abri du besoin, il ne pourra exister de démocratie politique ou économique au sein des nations, ni de relations justes et de paix durable entre ces nations.

Ce n'est qu'en supprimant les maux politiques, économiques et sociaux, et les inégalités qui l'affligent, que l'humanité pourra atteindre le degré de civilisation auquel elle tend depuis si longtemps et où régneront véritablement la paix et l'abondance.

C'est dans cet esprit que la Fédération américaine du Travail propose au Conseil économique et social de l'Organisation des Nations Unies, d'élaborer une déclaration internationale des droits, qui fera partie intégrante du traité de paix général, et qui liera tous les signataires. Nous proposons que cette déclaration internationale des droits comporte les dispositions suivantes:

1. Tout être humain, sans considération de race, de couleur, de religion, de sexe ou de nationalité, a le droit d'exercer son activité et de poursuivre son progrès spirituel dans la liberté et la dignité;

2. La liberté d'expression et la liberté d'association sont essentielles au maintien des libertés fondamentales et à la poursuite du progrès matériel et spirituel de l'humanité. Ces droits doivent être considérés comme inviolables, aussi bien par ceux qui s'opposent à un parti au pouvoir ou à un régime existant à un moment donné que par ceux qui le soutiennent. Une liberté véritable comporte le droit d'association et d'organisation en groupements divers, éducatifs, religieux, économiques, politiques et syndicaux, sans que pèse sur ces groupements la menace d'un contrôle direct ou indirect «ou d'une pression quelconque de la part d'institutions gouvernementales ou autres».

3. Le droit de s'organiser et de travailler en vue d'une répartition toujours plus équitable du revenu et de la richesse de la nation, et le droit de lutter pour l'amélioration des conditions matérielles et morales du peuple, de la santé, de la protection contre les souffrances causées par le chômage, les accidents, la maladie et la vieillesse, doivent être considérés comme inaliénables. Les conditions de travail dans la grande industrie moderne exigent tout spécialement que les travailleurs possèdent un système efficace de législation sociale prévoyant des salaires minima, une limitation des heures de travail, l'interdiction d'employer des enfants, des soins médicaux convenables, des assurances contre les accidents, le chômage et la vieillesse, ainsi que toutes autres mesures essentielles tendant à assurer à la population une protection sociale réelle.

4. Le relèvement du niveau de vie des travailleurs dans le monde entier. Le moyen le plus efficace d'activer la reprise de la production et le développement international des marchés, consiste à augmenter, dans chaque pays, le pouvoir d'achat de la grande masse de la population.

5. La liberté de religion et le droit de pratiquer les cultes religieux sont indispensables dans une société véritablement démocratique.

6. Le droit d'asile doit être garanti par toutes les nations. Aucun être humain ayant quitté un pays dont il désapprouve le régime politique ne doit être obligé à retourner dans des territoires dépendant de ce régime.

7. Le droit d'émigrer ou de quitter de façon temporaire ou permanente un pays, doit être garanti à tout citoyen qui désire le faire, sous la seule réserve des lois d'émigration du pays dans lequel il désire se rendre.

8. La liberté d'opinion et d'expression doit être garantie, ainsi que la faculté de prendre connaissance, en toute liberté, des opinions exprimées par les autres.

9. C'est dans la mesure où les peuples de tous les pays connaîtront et comprendront mieux le monde, que les différences et malentendus qui séparent les peuples et les nations pourront être atténués. Il est nécessaire, en conséquence, d'assurer le droit et le libre accès à toutes informations, d'ordre scientifique, économique, social, religieux et politique, ainsi que l'échange de ces informations, le progrès des connaissances, le développement des relations culturelles, la pleine liberté de communication des nouvelles par la radio et la presse.

10. La servitude imposée, quelles que soient sa nature, sa forme et son apparence, doit être déclarée illégale et supprimée par toutes les nations et tous les peuples.

11. Les hommes doivent être à l'abri des arrestations, détentions, perquisitions et confiscations arbitraires; ils doivent jouir de garanties juridiques en cas d'arrestation ou d'accusation; ils doivent être assurés d'un Jugement public équitable devant un jury ou un tribunal compétent et impartial, constitué conformément à la procédure judiciaire normale; le droit d'« habeas corpus » doit leur être garanti; il doit être interdit de leur infliger des peines arbitraires.

12. Le respect, au-dessus de toutes autres considérations, de la personne humaine et de ses conditions de vie doit être un principe directeur de

toute conception des droits de l'homme. C'est pourquoi les droits énumérés ci-dessus ne peuvent avoir une signification tangible et recevoir une application pratique que:

- a) si tous les êtres humains jouissent d'une sécurité véritable et ne font pas l'objet, de la part du gouvernement ou du parti au pouvoir, de distinctions arbitraires fondées sur la race, la couleur, la religion ou les opinions politiques;
- b) s'il est interdit de procéder à la mobilisation ou la militarisation en temps de paix des ouvriers qui font grève ou protestent contre des conditions de travail qu'ils estiment injustes ou peu satisfaisantes;
- c) si toutes les différences de traitement basées sur des raisons économiques ou politiques ainsi que la punition des délits relatifs aux opinions politiques ou religieuses et à l'exercice des cultes sont supprimées; la menace de camps de concentration ou de travail comme sanction pour les personnes d'opinions différentes de celles des autorités gouvernementales ou du parti politique prépondérant, doit disparaître complètement;
- d) si, sous réserve des exigences de la morale et de la décence, toute censure de livres, de la presse, de la radiodiffusion et de l'art est abolie.
- e) les peuples ne doivent pas être soumis à la terreur d'une surveillance de police secrète, de l'arrestation ou de la torture. Ceci ne peut être réalisé que par la suppression de toute police politique et des camps de concentration dans tous les pays.

3) Les propositions ci-dessus de la Fédération américaine du Travail protègent d'une façon fondamentale les droits des syndiqués et de leurs organisations. La Commission des droits de l'homme du Conseil économique et social, à qui ces propositions ont été soumises, les a examinées puis renvoyées au Comité de rédaction chargé de rédiger une déclaration internationale des droits.

4) Sans aucun doute, de nombreux problèmes qui intéressent les travailleurs en général ou plus particulièrement les organisations syndicales et professionnelles, ne rentrent pas dans le cadre du mandat donné à la Commission des droits de l'homme. L'Organisation des Nations Unies a, dans l'article I de l'accord qu'elle a conclu avec l'Organisation internationale du Travail (document A/72), reconnu celle-ci comme étant «une institution spécialisée investie de la responsabilité de prendre des mesures appropriées aux termes de son instrument fondamental pour l'accomplissement des objectifs prévus à cet instrument». Le mandat dont l'Organisation internationale du Travail se trouve investie est indiqué aux articles 10, 19, 20, 21 et 35 de sa Constitution (*Constitution et Règlements*, Montréal, 1946).

5) Le Conseil économique et social est donc tout à fait justifié à demander à l'Organisation internationale du Travail de se livrer à une enquête sur les conditions de travail qui existent dans les divers pays Membres de l'Organisation des Nations Unies, pour savoir d'abord comment un travailleur jouit de ses droits de constituer des organisations syndicales ou de se syndiquer, à l'abri de toute ingérence ou de coercition de la part des pouvoirs publics; ensuite jusqu'à quel point, si le cas se présente, les pouvoirs publics dominent ou contrôlent l'activité des organisations syndicales; et enfin, si les travailleurs se trouvent individuellement victimes d'actes de coercition dans leurs rapports

avec leurs organisations syndicales. En se servant de ces enquêtes comme point de départ, l'Organisation Internationale du Travail devrait être chargée de prendre toute mesure susceptible de mettre un terme à des pratiques qui nient d'une façon fondamentale aux travailleurs leurs droits individuels, à leurs organisations leurs droits collectifs.

6) La Fédération américaine du Travail, après les avoir examinées en détail, propose d'amender comme suit les propositions soumises par la Fédération syndicale mondiale au Conseil économique et social:

PROJET DE RESOLUTION

I. Le Conseil économique et social, conformément à l'accord conclu entre l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation internationale du Travail, recommande à l'Organisation internationale du Travail de s'occuper à bref délai de la manière dont sont respectés les droits syndicaux, en s'occupant notamment des questions suivantes:

A) Jusqu'à quel point les travailleurs ont-ils le droit de constituer des organisations professionnelles ou syndicales, de s'associer ou de se syndiquer, en toute liberté, sans devoir subir d'ingérences ou de coercitions gouvernementales?

B) Jusqu'à quel point les syndicats sont-ils libres d'exécuter les décisions prises par leurs membres, sur le plan national, régional ou local, sans devoir subir d'ingérence de la part des pouvoirs publics?

C) Jusqu'à quel point les travailleurs sont-ils libres de choisir, d'élire ou de désigner des représentants dans leurs propres syndicats?

D) Jusqu'à quel point les syndicats sont-ils libres, sans devoir subir d'ingérence gouvernementale, de recueillir des fonds et d'en disposer soit comme leurs statuts le prévoient, soit comme leurs membres en ont expressément décidé?

E) Jusqu'à quel point les travailleurs ou leurs groupements sont-ils libres de se concerter avec d'autres travailleurs ou d'autres groupements, à l'intérieur comme à l'extérieur de leur pays?

F) Jusqu'à quel point les travailleurs syndiqués, qu'ils appartiennent à des organisations locales, régionales ou nationales, sont-ils libres de s'affilier à des organisations internationales, sans devoir subir ou redouter l'ingérence des pouvoirs publics?

G) Jusqu'à quel point les organisations professionnelles ou syndicales sont-elles libres de discuter avec les employeurs des membres qu'elles représentent, de conclure des conventions collectives et de participer à l'élaboration de ces dernières?

H) Jusqu'à quel point reconnaît-on et protège-t-on le droit des travailleurs et de leurs organisations de se mettre en grève?

I) Jusqu'à quel point les salariés et leurs syndicats sont-ils libres de recourir à l'arbitrage volontaire pour régler un conflit du travail, sans devoir craindre que les pouvoirs publics influencent ou dictent la décision à intervenir?

J) Jusqu'à quel point les travailleurs et leurs organisations ont-ils le droit de demander aux gouvernements de prendre, dans leurs intérêt, des mesures législatives ou administratives?

K) Jusqu'à quel point les travailleurs sont-ils libres de se déplacer à l'intérieur du pays et d'émigrer?

L) Jusqu'à quel point les ouvriers sont-ils libres d'accepter, de garder ou de quitter un emploi à leur convenance, sans devoir subir de coercitions ou d'ingérences gouvernementales?

M) Jusqu'à quel point, si le cas se présente, des travailleurs se trouvent-ils soumis à un régime de contrainte ou d'esclavage, et comment un travailleur, à quelque nationalité, race, sexe, langue ou religion qu'il appartienne, est-il protégé contre l'éventualité de tels régimes?

N) Jusqu'à quel point les lois protègent-elles les conditions de travail et le bien-être des travailleurs et quels caractère et nature revêt cette protection?

II. Le Conseil économique et social recommande en outre à l'Organisation internationale du Travail, de rédiger sur la foi du résultat des enquêtes ci-dessus mentionnées, des propositions dont les divers Etats seront ultérieurement saisis, à l'effet:

- a) d'incorporer, dans la Déclaration internationale des droits, les droits universellement reconnus;
- b) de protéger les travailleurs et leurs organisations contre la violation, sur le plan professionnel ou syndical, de tout droit fondamental, et
- c) de prendre les mesures susceptibles de faire respecter de tels droits.

ANNEXE IV

**Résolution concernant la liberté syndicale et la protection du droit
d'organisation et de négociation collective, présentée par
la Commission de la liberté d'association de la CIT
(adopté le 11 juillet 1947)**

La Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail, convoquée à Genève par le Conseil d'administration du Bureau international du Travail, et s'y étant réunie le dix-neuf juin 1947, en sa trentième session,

Considérant,

Que le Préambule de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail énonce expressément, parmi les moyens susceptibles d'améliorer la condition des travailleurs et d'assurer la paix, «l'affirmation du principe de la liberté syndicale»;

Que la déclaration de Philadelphie a proclamé de nouveau que la «liberté d'expression et d'association est une condition indispensable d'un progrès soutenu», qu'elle a en outre reconnu l'obligation solennelle pour l'Organisation internationale du Travail de seconder la mise en œuvre parmi les différentes nations du monde de programmes propres à réaliser, entre autres: «la reconnaissance effective du droit de négociation collective et la coopération des employeurs et de la main-d'œuvre pour l'amélioration continue de l'organisation de la production, ainsi que la collaboration des travailleurs et des employeurs à l'élaboration et à l'application de la politique sociale et économique», et

Qu'elle a affirmé également que «les principes énoncés dans la présente Déclaration sont pleinement applicables à tous les peuples du monde et que si, dans les modalités de leur application il doit être dûment tenu compte du degré de développement social et économique de chaque peuple, leur application progressive aux peuples qui sont encore dépendants, aussi bien qu'à ceux qui ont atteint le stade où ils se gouvernent eux-mêmes, intéresse l'ensemble du monde civilisé »;

Que le niveau de vie, le fonctionnement normal de l'économie nationale et la stabilité sociale et économique dépendent dans une large mesure d'un système bien organisé des relations industrielles, fondé sur la reconnaissance de la liberté syndicale;

Que, de plus, de nombreux pays ont associé les organisations des employeurs et des travailleurs à l'élaboration et à l'application de la politique économique et sociale;

Que la Conférence internationale du Travail, les Conférences régionales des Etats d'Amérique Membres de l'Organisation internationale du Travail, ainsi que les diverses Commissions d'industrie, ont, par de nombreuses résolutions, attiré l'attention des Etats Membres de l'Organisation internationale du Travail sur la nécessité d'instituer un système approprié de relations industrielles fondé sur la garantie du principe de la liberté syndicale;

Pour ces motifs,

Adopte, ce onzième jour de juillet mille neuf cent quarante-sept, la résolution suivante:

I. LIBERTÉ SYNDICALE

1. Les employeurs et les travailleurs, sans distinction d'aucune sorte, devraient avoir le droit inviolable de constituer des organisations de leur choix et de s'y affilier sans autorisation préalable.

2. Les organisations d'employeurs et de travailleurs devraient avoir le droit d'élaborer leurs statuts et règlements administratifs, d'organiser leur gestion et leur activité, et de formuler leur programme d'action; il ne devrait y avoir aucune intervention de la part des autorités publiques qui serait de nature à limiter ce droit ou à en entraver l'exercice légal.

3. Les organisations d'employeurs et de travailleurs ne devraient pas être sujettes à dissolution ou à suspension par voie administrative.

4. Les organisations d'employeurs et de travailleurs devraient avoir le droit de constituer des fédérations et des confédérations, ainsi que celui de s'affilier à des organisations internationales d'employeurs et de travailleurs.

5. Les garanties définies par les paragraphes 1, 2 et 3 relatifs à la constitution, au fonctionnement, à la dissolution et à la suspension des organisations des employeurs et des travailleurs devraient s'appliquer aux fédérations et aux confédérations syndicales.

6. L'acquisition de la personnalité juridique par des organisations d'employeurs et de travailleurs ne devrait pas être subordonnée à des conditions de nature à porter atteinte à la liberté syndicale définie ci-dessus.

7. L'acquisition et l'exercice des droits prévus ci-dessus ne devraient pas avoir pour effet d'exempter les organisations d'employeurs et de travailleurs de leurs responsabilités et obligations respectives.

II. PROTECTION DU DROIT D'ORGANISATION
ET DE NÉGOCIATION COLLECTIVE

8. Il devrait y avoir accord mutuel entre les employeurs et les travailleurs organisés quant à l'exercice du droit syndical.

9. (1) Lorsqu'une protection pleine et effective n'est pas déjà assurée, des mesures appropriées devraient être prises en vue de garantir:

- a) l'exercice du droit syndical contre tous actes d'intimidation, de pression ou de contrainte quelle qu'en soit la provenance, visant à:
 - i) subordonner l'emploi du travailleur à la condition qu'il ne s'affilie pas à un syndicat ou se retire d'un syndicat dont il fait partie;
 - ii) porter préjudice à un travailleur en raison du fait qu'il est membre, agent ou dirigeant d'un syndicat;
 - iii) congédier un travailleur en raison du fait qu'il est membre, agent ou dirigeant d'un syndicat.
- b) l'exercice du droit syndical des organisations de travailleurs de façon à prévenir, de la part de l'employeur ou des organisations d'employeurs ou de leurs agents, tous actes visant notamment à:

- i) favoriser la constitution de syndicats placés sous le contrôle d'employeurs;
- ii) intervenir dans la constitution ou la gestion d'un syndicat ou le soutenir par des moyens financiers ou autrement;
- iii) refuser de faire porter effet aux principes de la reconnaissance des syndicats et des négociations collectives.

(2) Il devrait toutefois être entendu qu'une disposition d'une convention collective librement conclue, exigeant l'affiliation à un certain syndicat comme condition préalable à l'emploi, n'est pas visée par la présente résolution.

10. Les organes appropriés devraient, si nécessaire, être instituées pour assurer la protection de l'exercice du droit syndical définie par l'article 9 ci-dessus.

ANNEXE V

**Décision du Conseil d'administration établissant
le Comité de la liberté syndicale (1951) 117^e session
du Conseil d'administration du Bureau international du Travail**

*Procédure pour l'examen préliminaire des plaintes relatives à des atteintes
qui auraient été portées à la liberté syndicale*

Le Conseil était saisi, comme il l'avait demandé, de propositions relatives à une révision de cette procédure en vue de la rendre à la fois plus souple et plus efficace. Il a complété et modifié ces propositions, et les dispositions ci-après ont été arrêtées.

En vue de répartir plus largement les responsabilités que comporte l'examen préliminaire des plaintes relatives aux atteintes qui auraient été portées à l'exercice des droits syndicaux, le Conseil d'administration a décidé d'instituer un comité composé de neuf membres titulaires, y compris les membres de son bureau lorsque ces derniers sont disponibles, et d'un nombre égal de suppléants choisis dans son sein, pour procéder à l'examen préliminaire confié jusqu'ici aux membres du bureau du Conseil. Afin d'assurer que l'examen préliminaire des faits se déroule dans une atmosphère libre de toute idée préconçue, favorable ou défavorable à l'une ou l'autre des parties intéressées, le Conseil d'administration a décidé d'appliquer à ce comité, par analogie avec les dispositions du paragraphe 3 de l'article 2 du Règlement relatif à la procédure en cas de réclamations, conformément aux articles 24 et suivants de la Constitution, le principe d'après lequel aucun représentant ou ressortissant de l'Etat mis en cause ni aucune personne occupant une charge officielle au sein de l'organisation professionnelle nationale auteur de la réclamation ne pourront participer aux travaux du comité, lorsque celui-ci examine des cas où les personnes ainsi définies sont en cause. Cela n'empêchera pas le comité d'entendre la déposition de ces personnes, mais elles n'auront aucune part de responsabilité dans l'établissement des recommandations du comité à l'adresse du Conseil d'administration.

Tout en considérant qu'il est souhaitable que le comité réalise en son sein le plus large accord possible, le Conseil d'administration a décidé néanmoins que ce comité, comme tous les organes du Conseil d'administration, pourrait se prononcer, le cas échéant, à la majorité des voix.

Considérant que, jusqu'à présent, il n'a pas paru nécessaire, en pratique, de fixer un quorum pour les commissions du Conseil d'administration, le Conseil a estimé devoir réserver la question du quorum en ce qui concerne le comité récemment créé. Si, à un moment quelconque, l'expérience devait montrer qu'il convient de fixer un quorum, le Conseil d'administration pourrait prendre les mesures nécessaires.

En vue d'éviter tout délai inutile dans l'examen préliminaire des cas, le Conseil d'administration a décidé d'apporter les modifications ci-après à la procédure actuellement en vigueur.

Jusqu'à présent, les membres du bureau ont pris pour règle, avant d'examiner si, à première vue, l'allégation semble sérieuse, d'autoriser le Directeur Général à demander au gouvernement intéressé s'il désire présenter des observations. Toutefois, il s'est fréquemment écoulé un délai de plusieurs mois entre la réception d'une plainte par

l'Organisation internationale du Travail ou la communication d'une plainte à l'Organisation internationale du Travail par le Conseil économique et social, et une réunion du bureau du Conseil pouvant autoriser le Directeur Général à inviter les gouvernements à présenter leurs observations. Le Conseil d'administration a décidé qu'à l'avenir le Directeur Général – à moins qu'il n'estime qu'en raison de circonstances particulières il y a lieu de renvoyer d'abord le cas au comité du Conseil – communiquerait toutes les allégations, dès leur réception, aux gouvernements intéressés en leur demandant s'ils ont des observations préliminaires à présenter. Le comité sera ainsi en mesure d'examiner, sans délai injustifié, à la fois les allégations qui lui seraient soumises et toutes les observations préliminaires sur ces allégations qui auraient été communiquées par des gouvernements.

Le comité ne sera pas appelé à formuler un avis sur la question de savoir si, à première vue, l'allégation semble sérieuse; ses responsabilités seront essentiellement: 1) d'examiner, en vue d'une recommandation au Conseil d'administration, si les cas méritent un examen de la part du Conseil d'administration; 2) après décision affirmative du Conseil d'administration sur ce point, d'essayer d'obtenir l'agrément des gouvernements intéressés pour que ces cas soient renvoyés à la Commission d'investigation et de conciliation.

Le comité (après un examen préliminaire, et compte tenu de toutes observations présentées par les gouvernements intéressés sous réserve qu'elles soient reçues dans un délai raisonnable) portera à la connaissance de la session suivante du Conseil d'administration que tel cas n'appelle pas un examen plus approfondi, s'il constate, par exemple, que les faits allégués ne constitueraient pas, même s'ils étaient prouvés, une atteinte à l'exercice des droits syndicaux, ou que les allégations formulées sont de caractère si purement politique qu'il n'est pas opportun de poursuivre l'affaire, ou encore que les allégations sont trop vagues pour permettre d'examiner le problème quant au fond, ou enfin que le plaignant ne présente pas des preuves suffisantes pour justifier le renvoi de la question à la Commission d'investigation et de conciliation.

Lorsque le comité, après un tel examen préliminaire, conclura qu'un cas appelle un examen plus approfondi, il portera cette conclusion à la connaissance du Conseil d'administration, afin que celui-ci détermine s'il convient d'essayer d'obtenir l'agrément du gouvernement intéressé pour que ledit cas soit renvoyé à la Commission d'investigation et de conciliation.

Le Comité de la liberté syndicale soumettra à chaque session du Conseil d'administration un rapport sur les progrès réalisés pour tous les cas dont le Conseil d'administration aura déterminé qu'ils justifient un examen plus approfondi. Dans chaque cas où le gouvernement faisant l'objet de la plainte aura refusé son agrément pour le renvoi à la Commission d'investigation et de conciliation ou n'aura pas, dans les quatre mois, répondu à une demande tendant à obtenir cet agrément, le comité formulera, dans son rapport au Conseil d'administration, des recommandations concernant toute «autre mesure appropriée» qui, à son avis, pourrait être prise par le Conseil d'administration.

Le Comité de la liberté syndicale (II): composition, procédure et fonctionnement

*Alberto Odera** et *María Marta Travieso***

I. Introduction

Le Comité de la Liberté syndicale a été créé par le Conseil d'administration du BIT en 1951,¹ pour examiner de manière préliminaire les plaintes en matière de liberté syndicale et les observations des gouvernements concernés en vue d'un éventuel renvoi de l'affaire à la Commission d'investigation et conciliation en matière de liberté syndicale, organe intégré par des personnalités indépendantes et institué en 1950 à la suite d'un accord entre le Conseil d'administration du BIT et le Conseil économique et social des Nations Unies. Le Comité examinait en particulier si les cas méritaient un examen du Conseil d'administration, portait à la connaissance du Conseil si un cas n'appelait pas un examen plus approfondi (par exemple parce que les allégations ne portaient pas atteinte aux droits syndicaux ou parce que les plaignants ne présentaient pas de preuves suffisantes), présentait un rapport au Conseil sur les progrès réalisés et, dans certains cas recommandait des mesures appropriées.

Peu de temps après, compte tenu des besoins et sur la base de nouvelles règles de procédure approuvées par le Conseil d'administration, le Comité a dû procéder à un examen complet quant au fond des plaintes présentées afin de pouvoir se prononcer sur la suite à donner aux plaintes déposées. Par la suite, le Comité a examiné plus de 2,300 cas et a perfectionné sa procédure à plusieurs reprises.

Le Comité de liberté syndicale est une émanation du Conseil d'administration et a comme fonctions principales d'examiner des plaintes concernant la violation des droits syndicaux ainsi que de les renvoyer éventuellement à la Commission d'investigation et de conciliation. Il ne s'agit pas d'un organe judiciaire, bien que beaucoup le considèrent comme un organe quasi-judiciaire, du fait

* Service de la liberté syndicale, Département des normes internationales du travail.

** Service de la liberté syndicale, Département des normes internationales du travail.

¹ Voir *Bulletin officiel*, vol. 34, 1951, pp. 210-212.

notamment que les mesures visant à garantir son impartialité, soient prévues dans la procédure comme, entre autres, la confidentialité des documents, les réunions à huis clos et la non présence des membres ayant la nationalité des pays mis en cause ou occupant une charge officielle au sein de l'organisation qui présente la plainte. L'objectif est de faire en sorte que les principes de la liberté syndicale soient le mieux respectés. Il ne juge donc pas les Etats mais cherche à atteindre les buts pour lesquels il a été créé. Ainsi le Comité a souligné «que la fonction de l'Organisation internationale du Travail en matière de liberté syndicale et de protection de l'individu est de contribuer à la mise en œuvre effective des principes généraux de la liberté syndicale qui est l'une des garanties primordiales de la paix et de la justice sociale. Sa fonction est de garantir et promouvoir le droit d'association des travailleurs et des employeurs. Elle n'est pas de porter des charges contre des gouvernements ou de les condamner».²

Il s'agit d'un organe tripartite, formé de neuf membres représentant les trois secteurs proportionnellement et de membres suppléants. Il est doté d'un président qui, jusqu'en 1978, était un membre gouvernemental du Conseil d'administration mais, qui depuis est indépendant. La procédure du Comité de la liberté syndicale est principalement écrite bien que, dans certaines circonstances, l'audition des parties soit acceptée et, des missions de contacts directs – où une visite sur place avec la possibilité de rencontrer les parties concernées – peuvent avoir lieu. Le Comité se réunit trois fois par année et adopte ses conclusions et recommandations; «le Comité recherche toujours une décision unanime. En fait, ses rapports ont été, en règle générale, unanimes et cette unanimité, compte tenu de la diversité des personnalités qui le composent, donne évidemment, elle aussi, un poids particulier à ses conclusions»³. Il faut souligner que l'unanimité n'est pas une règle de la procédure mais qu'elle a été adoptée par la pratique.⁴ La procédure du Comité s'applique même aux Etats qui n'ont pas ratifié les conventions sur la liberté syndicale puisque le Comité se fonde, en procédant à l'examen des plaintes, sur la Constitution et la Déclaration de Philadelphie et sur des principes reconnus de la liberté syndicale.

Le Comité se limite à faire un examen de la situation dans chaque pays du point de vue de la liberté syndicale et si le gouvernement a pris les mesures

² Voir *Procédure en vigueur pour l'examen des plaintes en violation de la liberté syndicale au sein de la Commission d'investigation et conciliation et au sein du Comité de la liberté syndicale*, juin 1985, parag. 23 ainsi que le Premier rapport du Comité de la liberté syndicale, parag. 32.

³ Voir Nicolas Valticos, «Les normes de l'OIT en matière de protection des droits de l'homme», *Revue des droits de l'homme*, vol. 4, 1971, pp. 691-771.

⁴ Ainsi dans la Procédure pour l'examen préliminaire des plaintes relatives à des atteintes qui auraient été portées à la liberté syndicale instituée lors de la 117^e session du Conseil d'administration, il est établi que «tout en considérant qu'il est souhaitable que le comité réalise en son sein le plus large accord possible, le Conseil d'administration a décidé néanmoins que ce comité, comme tous les organes du Conseil d'administration, pourrait se prononcer, le cas échéant, à la majorité des voix.»

appropriées pour la garantir à la suite d'actes antisyndicaux provenant des autorités ou des personnes privées. En effet, le Comité a soutenu que «les faits imputables à des particuliers engagent la responsabilité des Etats en raison de leur obligation de diligence et d'intervention pour prévenir les violations des droits de l'homme».⁵ Le fait que le Comité ait pris des décisions similaires lors de l'examen des cas analogues, a permis l'établissement de principes de portée générale qui permettent de maintenir une unicité des critères dans ses conclusions. Nicolas Valticos signale que «les organes de contrôle ont progressivement élaboré un corps de jurisprudence à la fois plus précis et plus large dont on peut considérer qu'il a fini par former une sorte de Droit commun international en la matière».⁶

Le fait que le Comité se réunit trois fois par an (en mars, en mai-juin et en novembre) a comme conséquence qu'en général les plaintes sont traitées avec rapidité. En effet, les règles de procédure, loin d'être complexes, permettent au Comité, moyennant la présentation rapide des observations du gouvernement concerné, d'examiner un cas entre les deux et sept mois qui suivent la présentation de la plainte. La date de présentation de la plainte détermine, dans une certaine mesure, le temps qu'il faudra attendre avant que le Comité examine le cas puisque les périodes qui s'écoulent entre les réunions du Comité ne sont pas d'une même durée. Cette relative rapidité d'examen ainsi que le degré élevé de mise en œuvre constituent les bases de la grande efficacité de la procédure. Le Comité a acquis une grande autorité au cours de ces 53 années d'existence grâce notamment à son indépendance et aux garanties d'impartialité de sa procédure. Une étude commémorative de son cinquantième anniversaire a mis en relief l'extraordinaire impact de ses décisions.⁷

⁵ Voir par exemple *Recueil des décisions et des principes du Comité de la liberté syndicale*, 4^e édition, 1996, paragr. 19 et 754.

⁶ Voir Nicolas Valticos, «Un système de contrôle international: la mise en œuvre des conventions internationales du travail», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 123, 1968, p. 377.

⁷ Voir E. Gravel; I. Duplessis; B. Gernigon, *Le Comité de la liberté syndicale: quel impact depuis sa création?*, BIT, Genève, 2001.

II. Organisation et procédure

A part les règles établies par le Conseil d'administration lors de l'établissement du Comité de la liberté syndicale, c'est lui-même qui établit ses propres règles de procédure. Le Comité a été très soucieux d'adapter sa procédure aux besoins et de l'assouplir afin de la rendre plus efficace. C'est ainsi que diverses modifications furent apportées au fur et à mesure que des besoins sont apparus; par exemple des règles concernant la différence de traitement des cas urgents et non-urgents, les procédures de suivi de ses recommandations, les missions de contacts directs, etc.

Déjà dans son premier rapport⁸ et suivant la décision du Conseil économique et social du 17 mars 1950, le Comité a signalé que «[l]es plaintes adressées aux Nations Unies et concernant des atteintes aux droits syndicaux que des gouvernements ou des organisations syndicales ouvrières ou patronales porteraient contre des Etats Membres de l'OIT seront transmises par le Conseil économique et social au Conseil d'administration du BIT qui examinera la question de leur renvoi à la Commission d'investigation et de conciliation. Les plaintes de même nature reçues par les Nations Unies mais portées contre des Etats membres des Nations Unies qui ne sont pas Membres de l'OIT seront transmises à la commission par l'entremise du Conseil d'administration du BIT, lorsque le Secrétaire général des Nations Unies, agissant au nom du Conseil économique et social, aura reçu le consentement du gouvernement intéressé et si le Conseil économique et social estime ces plaintes propres à être transmises. Faute du consentement du gouvernement, le Conseil économique et social examinera la situation créée par ce refus, afin de prendre toute autre mesure appropriée de nature à protéger les droits relatifs à la liberté d'association mis en cause dans l'affaire. Si le Conseil d'administration est saisi de plaintes relatives à des atteintes aux droits syndicaux formulées contre des membres des Nations Unies non Membres de l'OIT, il doit renvoyer ses plaintes en premier lieu au Conseil économique et social».⁹

1. Composition du Comité

La composition tripartite du Comité s'explique du fait «qu'il avait semblé – et cela s'est vérifié – que, dans le domaine des droits syndicaux, une telle composition permettrait d'assurer un certain équilibre dans l'examen des plaintes et

⁸ Voir le Premier rapport du Comité de la liberté syndicale, paragr. 17. Dans ce premier rapport se trouvent aussi les premières règles de procédure établies par le Comité.

⁹ *Ibid.*, paragr. 19 à 21. Voir aussi *Procédure en vigueur pour l'examen des plaintes en violation de la liberté syndicale*, paragr. 3 et 4.

d'aboutir à une opinion susceptible d'être largement acceptée». ¹⁰ Il s'agit «d'un organe technique dont les membres, siégeant à titre personnel sans recevoir d'instructions de quiconque, ne méconnaissant cependant pas les intérêts généraux et les positions du secteur qu'ils représentent au Conseil d'administration du BIT en leur qualité de membres gouvernementaux, employeurs ou travailleurs». ¹¹ Cet aspect donne au Comité une certaine indépendance, et, de plus, la présidence du Comité est depuis 1978 assurée par une personnalité indépendante. ¹² Ce poste a été occupé de 1951 jusqu'en 1961 par Paul Ramadier, de 1961 jusqu'en 1995 par Roberto Ago (jusqu'en 1978 en qualité de membre gouvernemental et depuis comme président indépendant), de 1995 jusqu'à 2001 par Max Rood et, depuis 2002 par M. Paul van der Heijden. Il s'agit toujours de personnalités éminentes et des juristes de haut niveau dans le domaine du droit international.

Le Président du Comité de la liberté syndicale donne la parole, dirige les débats et lorsque les membres du Comité ont des difficultés à se mettre d'accord sur les conclusions ou les recommandations à formuler, agit souvent comme médiateur. De plus, la procédure prévoit qu'il rencontre les représentants des gouvernements durant la session de la Conférence internationale du Travail, quand les gouvernements sont réticents à présenter des observations sur les plaintes présentées contre eux, afin de discuter des raisons du retard. Le Président fait alors rapport au Comité des résultats de ces contacts.

En vue de garantir l'impartialité du Comité, «le Conseil d'administration a décidé d'appliquer à ce Comité, par analogie avec les dispositions du paragraphe 3 de l'article 2 du règlement relatif à la procédure en cas de réclamations, conformément aux articles 24 et suivants de la Constitution, le principe d'après lequel aucun représentant ou ressortissant de l'Etat mis en cause, ni aucune personne occupant une charge officielle au sein de l'organisation professionnelle nationale auteur de la réclamation, ne pourra participer aux travaux du Comité, lorsque celui-ci examine des cas où les personnes ainsi définies sont en cause». ¹³

¹⁰ Voir Nicolas Valticos, «Droit, politique, diplomatie et administration: les éléments du contrôle international (à propos de l'expérience de l'OIT)», dans *Mélanges André Grisel*, Editions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1983, p. 847. Voir également D. Yiannopoulos, *La protection internationale de la liberté syndicale*, Paris, 1973, p. 168: «on peut supposer qu'en confiant la tâche de l'examen préliminaire des plaintes à une Commission tripartite de son Conseil d'administration, l'Organisation a voulu garder sa pleine liberté d'action sur la suite à donner aux plaintes déposées. En effet ces plaintes pourraient souvent soulever des questions délicates et comporter des prolongements politiques sérieux, surtout à une époque de guerre froide. Dans ces circonstances il valait mieux réserver à un groupement restreint du Conseil le traitement préliminaire des plaintes au lieu de le confier à des personnalités indépendantes».

¹¹ Voir B. Gernigon; A. Odero; H. Guido, « Les principes de l'OIT sur le droit de grève », *Revue internationale du Travail*, vol. 137, 1998, p. 511.

¹² Voir 205^e session du Conseil d'administration.

¹³ Voir *Bulletin officiel*, vol. 34, 1951, n° 3, p. 210.

2. Mandat et compétences

Le Comité a estimé nécessaire de rappeler que ses fonctions se bornent à l'examen des plaintes dont il a été saisi. Il est dans ses attributions non pas de formuler des conclusions d'ordre général relatives à la situation syndicale dans des pays déterminés sur la base de vagues généralités, mais simplement de juger la valeur des allégations formulées.¹⁴ La responsabilité du Comité est essentiellement d'examiner, en vue d'une recommandation au Conseil d'administration, si les cas méritent un examen de la part de celui-ci.¹⁵ Le Comité doit donc déterminer si la plainte présentée:

- i) mérite un examen plus approfondi par le Conseil d'administration. Dans ce cas, s'il le juge approprié, il peut recommander au Conseil qu'il cherche à obtenir le consentement du gouvernement concerné afin de renvoyer la plainte à la Commission d'investigation et de conciliation.¹⁶ Il a été déjà remarqué que ce consentement s'est avéré très difficile à obtenir ce qui a fait que cette procédure a été très peu utilisée.
- ii) ne mérite pas un examen plus approfondi parce que les faits allégués ne constitueraient pas une atteinte à la liberté syndicale, ou les allégations formulées sont de caractère purement politique, ou elles sont trop vagues pour permettre d'examiner le problème quant au fond, ou bien les preuves présentées ne sont pas suffisantes pour justifier le renvoi de la question à la Commission d'investigation et de conciliation.¹⁷
- iii) révèle qu'il existe des anomalies sur lesquelles il y a lieu d'attirer l'attention des gouvernements pour y porter remède. Déjà dans son neuvième rapport, le Comité de la liberté syndicale, a manifesté que bien que la plupart des plaintes portées devant lui ne méritaient pas le renvoi à la Commission d'investigation et de conciliation, beaucoup de ces plaintes ont été accompagnées de recommandations importantes aux gouvernements concernés. Ces affaires ne sont pas terminées, c'est pour cela que le Comité a demandé une autorisation formelle du Conseil d'administration afin de faire ces recommandations dans les cas où l'affaire ne mérite pas d'être portée devant la Commission d'investigation et conciliation. Dans ce cas, les gouvernements seraient priés d'informer le Comité périodiquement sur les suites données aux recommandations.¹⁸

¹⁴ Voir *Procédure en vigueur pour l'examen des plaintes en violation de la liberté syndicale*, paragr. 24.

¹⁵ *Ibid.*, paragr. 15.

¹⁶ Voir *Bulletin officiel*, vol. 34, 1951, n° 3, p. 211.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Voir 9^e rapport du Comité de la liberté syndicale, paragr. 38.

Le gouvernement qui a reçu de telles recommandations doit indiquer, après une période raisonnable, les suites qu'il a donné à ces recommandations. Le Comité procède à ce suivi dans l'introduction de ses rapports. Dans le cas où le pays membre concerné a ratifié les conventions de la liberté syndicale et où le problème en cause traite des questions législatives, le Comité de la liberté syndicale informe la Commission d'experts afin que celle-ci effectue l'examen des suites données aux recommandations sans que cela implique nécessairement un dessaisissement du Comité.¹⁹

Quand le Comité a demandé au Conseil d'administration d'obtenir le consentement du gouvernement concerné, afin de soumettre l'affaire à la Commission d'investigation et de conciliation et si celui-ci l'a refusé ou n'a pas répondu dans les quatre mois, le Comité peut formuler, dans un rapport au Conseil d'administration des recommandations concernant toute autre mesure appropriée qui, à son avis, pourrait être prise par le Conseil d'administration.²⁰

Le Comité a clairement déterminé que sa compétence se limite à l'examen des plaintes relatives à des atteintes à la liberté syndicale. Il a fait donc très attention de ne pas traiter des cas qui sortent de sa compétence. Dans ce sens, il a manifesté que les plaintes sur les conditions de travail, en matière de législation sur la sécurité sociale et en ce qui concerne l'exercice des professions et des droits de la propriété sur des terres, ne sont pas de son ressort.²¹

Par contre, il a considéré que les plaintes qui, selon les observations du gouvernement, porteraient sur des questions politiques devraient quand même être examinées afin de dégager les possibles questions intéressant directement l'exercice des droits syndicaux.²² Le Comité a aussi compétence pour l'examen des projets de lois vu qu'il y a intérêt à ce que tant le gouvernement que le plaignant aient le point de vue du Comité quant au projet avant l'adoption de celui-ci.²³

¹⁹ Voir 127^e rapport du Comité de la liberté syndicale, paragr. 28.

²⁰ Voir *Procédure en vigueur pour l'examen des plaintes en violation de la liberté syndicale*, paragr. 22.

²¹ *Ibid.*, paragr. 26-28.

²² *Ibid.*, paragr. 29.

²³ *Ibid.*, paragr. 30.

3. Règles de recevabilité des plaintes

3.1 Recevabilité quant à l'organisation plaignante

Les plaintes doivent émaner soit d'organisations de travailleurs ou d'employeurs, soit des gouvernements. Dans le cas des organisations, il doit s'agir d'une organisation nationale directement intéressée à la question, ou d'une organisation internationale jouissant du statut consultatif auprès de l'OIT, ou encore d'autres organisations internationales lorsque ces allégations sont relatives à des questions affectant directement les organisations membres de ces organisations internationales.²⁴

Le Comité possède entière liberté pour déterminer si une organisation peut être considérée comme une organisation professionnelle au sens de la Constitution de l'OIT et, il ne se considère lié par aucune définition nationale de ce terme.²⁵ Le fait qu'une organisation ait été dissoute, se trouve dans la clandestinité ou que les personnes qui la représentent soient réfugiées à l'étranger, ne rend pas irrecevables les plaintes soumises par ces organisations. Cela est d'autant plus important que dans certains contextes politiques les syndicats ne jouissent pas de liberté d'action.²⁶ Le Comité ne rejette aucune plainte du fait qu'un syndicat n'ait pas déposé ses statuts, vu que «les principes de la liberté syndicale exigent justement que les travailleurs puissent, sans autorisation préalable, constituer des organisations professionnelles de leur choix».²⁷ De même, «l'absence d'une reconnaissance officielle d'une organisation ne peut justifier le rejet des allégations lorsqu'il ressort des plaintes que cette organisation a, pour le moins, une existence de fait».²⁸

Quand les plaintes présentées proviennent d'une organisation à propos de laquelle le Comité ne possède aucune information précise, le Directeur Général peut lui demander de fournir des précisions sur l'importance de ses effectifs, ses statuts, son affiliation nationale et internationale.²⁹ Les plaintes d'auteurs anonymes ne sont pas admises à moins que le Directeur n'informe le Comité, après l'avoir examinée, qu'elles contiennent des allégations d'une certaine gravité. Le Comité peut alors examiner la suite éventuelle qu'il conviendrait de donner à de telles plaintes.

²⁴ *Ibid.*, paragr. 34.

²⁵ *Ibid.*, paragr. 35 et suiv. Voir aussi 1^{er} rapport du Comité de la liberté syndicale, paragr. 27 et suiv.

²⁶ De cette manière des organisations comme l'UGT en Espagne, Solidarnosc en Pologne ou la Fédération de syndicats en Corée (KCTU) ont pu présenter des plaintes auprès du Comité de la liberté syndicale. Voir Bernard Gernigon, «El Comité de la Libertad Sindical de la OIT: características principales e influencia en España», *Relaciones Laborales*, n° 1, enero 1999, p. 37.

²⁷ Voir *Procédure en vigueur pour l'examen des plaintes en violation de la liberté syndicale*, paragr. 37.

²⁸ *Ibid.*, paragr. 38.

²⁹ Voir 19^e rapport du Comité de la liberté syndicale, paragr. 11.

3.2 Recevabilité quant à la forme de la plainte

Bien qu'une composante orale soit prévue, la procédure du Comité de la liberté syndicale est principalement écrite. Ainsi les plaintes doivent être présentées par écrit, signées par une organisation autorisée à la présenter et accompagnées, dans la mesure du possible des preuves à l'appui des allégations concernant la violation des droits syndicaux.³⁰ De simples copies de communications adressées à de tierces personnes ne réunissent pas les conditions de forme pour leur recevabilité, et n'appellent donc pas d'action de la part du Comité. Les plaintes des organisations non permanentes ou dont l'adresse n'est pas connue, de sorte qu'il est impossible de communiquer avec elles, ne sont pas recevables.

Au sujet des plaintes présentées par certaines centrales syndicales internationales contre un gouvernement, où celui-ci a tenu pour non présentée la plainte, car les termes utilisés étaient «inadmissibles dans une communication officielle», le Comité a déclaré que comme la communication n'était pas adressée au gouvernement, mais au Comité de la liberté syndicale de l'OIT, la question de la recevabilité ne pouvait pas être remise en cause par lui.³¹

3.3 Non exigence d'épuisement des voies nationales de recours

L'épuisement des voies de recours interne n'est pas une condition de recevabilité des plaintes. Pourtant le Comité doit en tenir compte. De même, lorsqu'une plainte dont le Comité a été saisi fait aussi l'objet d'un examen par la juridiction nationale indépendante et que celui-ci considère que la décision de celle-ci peut lui apporter des éléments supplémentaires, le Comité surseoit à l'examen durant une période raisonnable en attendant d'être en possession de cette décision sous réserve que cette atteinte ne porte pas préjudice à la partie dont il est allégué que les droits étaient violés.³²

³⁰ Voir 9^e rapport du Comité de la liberté syndicale, paragr. 20.

³¹ Voir 70^e rapport du Comité de la liberté syndicale, paragr. 292 et suiv.

³² *Ibid.*, paragr. 32.

4. *Déroulement de la procédure*

4.1 Demande d'informations complémentaires aux plaignants

Si la plainte est incomplète ou s'il n'est pas possible de déterminer si elle porte sur des atteintes à la liberté syndicale, le Directeur Général du BIT peut, avant de la soumettre au Comité, s'adresser directement à l'organisation plaignante afin que celle-ci, dans l'espace d'un mois, ajoute les informations nécessaires et précise si sa plainte fait référence à la liberté syndicale.³³ Dans le cas où le plaignant présenterait ces informations une fois ce délai écoulé, se serait au Comité de décider si ces informations peuvent être considérées comme des éléments nouveaux dont le plaignant aurait été dans l'impossibilité de faire état dans les délais impartis. Si tel n'est pas le cas, le Comité considérera ces informations comme irrecevables. Si le plaignant ne présente pas les informations requises dans le délai établi, le Comité décidera s'il convient de prendre d'autres mesures.³⁴ Si le Directeur Général ne peut pas déterminer si la plainte est suffisamment justifiée pour la transmettre au gouvernement concerné, il pourra consulter le Comité.³⁵ Le BIT réalise donc un examen *prima facie* quant à la recevabilité de la plainte.

4.2 Communication de la plainte au gouvernement

Une fois cette analyse préliminaire menée à bien, si la plainte est suffisamment précise, le Directeur Général la communique au gouvernement concerné dans les plus brefs délais possibles.³⁶

4.3 Observations du gouvernement

Le gouvernement doit alors présenter ses observations dans un certain délai, en tenant compte de la prochaine réunion du Comité. Ces réponses ont une importance fondamentale et constituent l'une des responsabilités essentielles des gouvernements mis en cause. Si cette réponse manque de précision, le Comité demande alors des informations complémentaires nécessaires. Le Comité se borne alors à rédiger un rapport intérimaire. Le Directeur général peut à son tour écrire directement au gouvernement pour lui demander d'ajouter des informations complémentaires ou plus précises.³⁷

³³ Voir 9^e rapport du Comité de la liberté syndicale, paragr. 23 a).

³⁴ *Ibid.*, paragr. 23 c).

³⁵ *Ibid.*, paragr. 23 d).

³⁶ Voir *Procédure en vigueur pour l'examen des plaintes en violation de la liberté syndicale*, paragr. 54.

³⁷ *Ibid.*, paragr. 53, 54 et 58.

4.4 Manque de coopération de la part du gouvernement

Si le gouvernement ne répond pas ou n'envoie pas les informations complémentaires dans des délais raisonnables, le Comité peut le mentionner dans un paragraphe spécial de l'introduction de ses rapports. Lorsque cela paraît approprié, les bureaux régionaux de l'OIT peuvent être appelés à intervenir auprès des gouvernements intéressés pour signaler à ceux-ci l'importance qui s'attache à l'envoi des observations ou d'informations qui sont attendues d'eux.³⁸ Si le gouvernement persiste dans cette attitude, il est informé, également dans un paragraphe spécial de l'introduction du rapport que le président du Comité contactera ses représentants lors de la prochaine session de la Conférence internationale du Travail afin de discuter avec eux des raisons du retard dans l'envoi des observations.³⁹

4.5 Appels pressants

Si le gouvernement ne présente toujours pas des informations, le Comité l'informerá dans un paragraphe spécial et par communication du Directeur Général que le Comité présentera un rapport sur le fond, même en absence d'observations de sa part.⁴⁰ Dans certains cas il sera procédé à une publicité accrue des allégations, des recommandations, ainsi que de l'attitude du gouvernement.⁴¹ Le Comité peut inviter un gouvernement à accepter une mission de «contacts directs». Par contre, si le gouvernement fait des observations, le Directeur général les présentera conjointement avec la plainte au Comité.

4.6 Demande d'informations complémentaires aux plaignants compte tenu des observations du gouvernement

Avant de présenter la plainte et les observations au Comité, le Directeur Général peut demander aux plaignants, compte tenu des observations communiquées par le gouvernement intéressé, des informations complémentaires sur des questions relatives à la plainte, et le gouvernement aura à son tour la possibilité de répondre à ces nouveaux commentaires.⁴²

Il est prévu dans la procédure que lorsque la plainte et les observations sont en contradiction et ne contiennent ni l'une ni l'autre des éléments de preuve, le Comité peut obtenir des plaignants des informations complémentaires sur

³⁸ Voir 127^e rapport du Comité de la liberté syndicale, paragr. 16-18.

³⁹ Voir 164^e rapport du Comité de la liberté syndicale, paragr. 23.

⁴⁰ Voir 193^e rapport du Comité de la liberté syndicale, paragr. 20.

⁴¹ Voir 127^e rapport du Comité de la liberté syndicale, paragr. 19.

⁴² Voir 193^e rapport du Comité de la liberté syndicale, paragr. 14.

les questions relatives aux termes de la plainte qui sont encore obscurs. Dans les cas appropriés le Comité peut faire part aux plaignants de la substance des observations du gouvernement.⁴³

4.7 Audience des parties

Le Comité décidera dans les cas appropriés et en tenant compte des circonstances propres de l'affaire, s'il convient d'entendre les parties ou l'une d'entre elles afin d'obtenir des informations plus concrètes, spécialement dans les cas où la plainte et la réponse du gouvernement auraient été en contradiction ou dans le cas où le Comité aurait besoin d'avoir une impression sur la situation présente de l'affaire ainsi que son évolution ou, dans les cas où il y aurait des difficultés particulières dans l'examen des questions soulevées, et si le Comité estimait qu'il serait approprié d'échanger des points de vue avec les parties concernées.⁴⁴

5. *Cas urgents et non-urgents*

En 1958, le Comité avait décidé de différencier les cas urgents et les cas moins urgents. Les premiers sont ceux mettant en cause la vie ou la liberté d'individus, les cas où les conditions nouvelles affectent la liberté d'action d'un mouvement syndical dans son ensemble, les cas relatifs à un état permanent d'urgence et les cas impliquant la dissolution d'une organisation. Les cas urgents étaient traités en priorité par le Comité et étaient immédiatement soumis au Conseil d'Administration. Les cas moins urgents étaient renvoyés à la session suivante du Conseil d'administration.⁴⁵ Pourtant, cela impliquait un retard considérable pour les cas moins urgents. C'est pour cela que le Comité a décidé de ne plus les renvoyer à la session suivante de sorte que tous les cas sans distinction étaient inclus dans le rapport du Comité et étaient immédiatement soumis au Conseil d'administration; la raison étant que la plupart d'entre eux présentaient un caractère d'urgence. Cela n'empêche pas le Conseil d'administration d'examiner les cas urgents en premier.⁴⁶

Lorsque cela lui semble opportun, le Comité peut mentionner dans l'introduction de son rapport les cas particulièrement graves attirant ainsi l'attention du Conseil d'administration sur certaines situations.

⁴³ Voir *Procédure en vigueur pour l'examen des plaintes en violation de la liberté syndicale*, paragr. 49 et 50.

⁴⁴ *Ibid.*, paragr. 66. Voir aussi 193^e rapport du Comité de la liberté syndicale, paragr. 31-32.

⁴⁵ Voir 29^e rapport du Comité de la liberté syndicale, paragr. 12-13.

⁴⁶ Voir 193^e rapport du Comité de la liberté syndicale, paragr. 22-25.

III. Les contacts directs et autres missions

1. *Les contacts directs*

Les «contacts directs» consistent à envoyer sur place un représentant du Directeur Général en vue de rechercher une solution aux difficultés rencontrées, soit lors de l'examen d'un cas, soit au stade de la suite à donner aux recommandations du Conseil. Ils doivent être établis soit sur invitation des gouvernements, soit avec leur consentement. Le Comité peut avoir recours aux contacts directs à divers stades de la procédure.⁴⁷

La méthode des contacts directs a été créée dans le cadre de la procédure de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations en 1968 et, a été très rapidement adoptée par le Comité de la liberté syndicale. Les contacts directs ont porté à l'origine sur les difficultés rencontrées dans l'application des conventions ratifiées mais ils furent étendus aux autres questions comme l'exécution des dispositions de la Constitution et à l'envoi de rapports et informations au sujet de l'application des normes.

Les contacts directs peuvent être proposés par les organes de contrôle ou, plus souvent, être requis par les gouvernements, soit parce qu'une plainte a été présentée contre eux, soit parce que l'application d'une convention leur pose des difficultés. En tout cas, ils doivent, pour être entrepris, être approuvés par le gouvernement. La procédure des contacts directs vient compléter la procédure principale qui est majoritairement écrite. Il faut remarquer que des visites sur place eurent lieu même avant l'instauration des contacts directs. Bien que peu utilisé au début, le système ne tarda pas à se développer. Ainsi, dès son institution de nombreux contacts directs eurent lieu surtout dans le cadre du Comité de la liberté syndicale.

Dû au fait que les cas ayant trait à la liberté syndicale sont souvent urgents, et qu'ils concernent des questions de fait plutôt que de l'application de règles, l'application de la procédure a certaines particularités. Le Comité de la liberté syndicale a donc établi certaines règles de procédure relatives aux contacts directs.

Les contacts directs impliquent généralement des discussions entre le représentant du Directeur Général, personnalité indépendante, membre de la Commission d'experts ou fonctionnaire du Bureau avec un membre du gouvernement ayant des connaissances approfondies du sujet en question, généralement le Ministre du Travail. Ces représentants se limitent à relever les faits et à rechercher sur place des possibilités de solution, le Comité et le Conseil gardant toujours la compétence pour apprécier la situation.⁴⁸ La procédure n'est pas formelle et

⁴⁷ Voir *Procédure en vigueur pour l'examen des plaintes en violation de la liberté syndicale*, paragr. 65.

⁴⁸ Voir 127^e rapport du Comité de la liberté syndicale, paragr. 20-21.

tient compte pour son déroulement des circonstances de chaque cas. Bien que la procédure ait pour but la rencontre avec un membre du gouvernement, les organisations d'employeurs et de travailleurs ont aussi leur place dans ces contacts en raison de leurs intérêts en la matière et des indications qu'elles peuvent apporter.⁴⁹ Il est essentiel donc que le représentant du Directeur Général puisse les rencontrer librement. Ainsi, la procédure établie que «[le] Comité est, et a toujours été d'avis que le représentant du Directeur Général chargé d'une mission sur place ne saurait mener à bien sa tâche, et en conséquence être pleinement et objectivement informé sur tous les aspects du cas sans avoir la possibilité de s'entretenir avec toutes les parties intéressées».⁵⁰

En 1977, lors de sa session de février, le Comité a manifesté son intention d'avoir recours plus largement à la procédure des contacts directs spécialement dans les cas où des allégations graves seraient présentées ou bien dans des cas où l'on éprouverait des difficultés à obtenir des informations suffisamment précises sur la base desquelles le Comité pourrait aboutir à des conclusions définitives. Le Comité a décidé donc d'utiliser cette procédure dans des cas appropriés et à tout stade de la procédure où cela paraîtrait indiqué, et d'inviter les gouvernements intéressés à accepter que cette procédure soit mise en œuvre.⁵¹

Les contacts directs sont une forme efficace de négociation, de dialogue et même d'établissement des faits sans constituer une forme d'enquête internationale où les représentants de l'OIT seraient les inspecteurs. Il s'agit de créer un climat de confiance en vue de trouver une solution rapide et positive aux problèmes rencontrés. Ils peuvent être établis rapidement et sont de courte durée ce qui contribue aussi à leur efficacité. Parfois les gouvernements émettent des réserves pour demander des contacts directs. En effet, quelques-uns les considèrent à tort comme une sanction ou un contrôle sur le gouvernement, raison pour laquelle ils rejettent les offres d'établissement de contacts directs. Dans ce cas, le fait de donner un nom différent à la mission l'a rendu acceptable à certains gouvernements.⁵²

Les contacts directs ne se limitent pas toujours à l'investigation des faits. Ils peuvent exprimer parfois des orientations, des points de vues tendant à la solution du cas en question, surtout lorsqu'elles s'imposent d'une façon évidente. Par exemple dans le cas n° 1434 contre le gouvernement de la Colombie, le représentant du Directeur Général a déclaré dans son rapport qu'il «serait souhaitable, en vue d'enrayer la violence qui frappe le monde syndical, que le gouvernement renforce les effectifs et les moyens mis à la disposition du

⁴⁹ Voir *Procédure en vigueur pour l'examen des plaintes en violation de la liberté syndicale*, paragr. 65 bis. Voir aussi Nicolas Valticos, «Une nouvelle forme d'action internationale: les 'contacts directs' de l'OIT en matière d'application de conventions et de liberté syndicale», *Annuaire français du droit international*, vol. 27, 1981, pp. 477-489.

⁵⁰ Voir 229^e rapport du Comité de la liberté syndicale, cas n° 1097, paragr. 51.

⁵¹ Voir 164^e rapport du Comité de la liberté syndicale, paragr. 25-27.

pouvoir judiciaire et qu'il adopte des mesures vigoureuses afin de démanteler les groupes paramilitaires». ⁵³ Dans les cas n^{os} 1172, 1234, 1247 et 1260 contre le Canada, le représentant du Directeur Général a aussi donné des orientations lors de son examen sur la négociation collective et le droit de grève mettant en relief «qu'il est essentiel que les procédures de négociation soient libres de toute entrave et qu'il existe un mécanisme authentiquement indépendant pour régler les conflits d'intérêts que la négociation ne résout pas». ⁵⁴ Dans des cas difficiles, les missions ont été dirigées par le Directeur Général lui-même (Pologne, Tunisie, Côte d'Ivoire).

2. *Les contacts préliminaires*

Dans les cas particulièrement graves le Directeur Général peut, avec l'approbation préalable du Président du Comité, désigner un représentant afin de «faire part aux autorités compétentes du pays de la préoccupation suscitée par les événements décrits dans la plainte, expliquer à ces autorités les principes de la liberté syndicale concernés; obtenir des autorités une première réaction, ainsi que des observations et des informations concernant les questions soulevées dans la plainte; expliquer aux autorités la procédure spéciale dans les cas de violation alléguée des droits syndicaux et, en particulier, la formule des contacts directs à laquelle il pourrait être recouru par la suite à la demande du gouvernement en vue de faciliter l'appréciation, en toute connaissance de cause, de la situation par le Comité et le Conseil d'administration, demander et inciter les autorités à communiquer, aussitôt que possible, une réponse détaillée contenant les observations du gouvernement au sujet de la plainte». ⁵⁵ Il s'agit dans ce cas des contacts appelés préliminaires. ⁵⁶

⁵² Par exemple, dans le cas du Canada (n^{os} 1172, 1234, 1247 et 1260) une mission d'étude et d'investigation fut instituée ayant pour but «d'éclaircir les aspects de la loi et de la pratique dans les affaires en cause». Les objectifs de cette mission ne sont pas différents de ceux d'une mission de contacts directs; voir *Bulletin officiel*, vol. 68, 1985, Série B, n^o 3, p. 49 et suiv.

⁵³ Voir *Bulletin officiel*, vol. 71, 1988, Série B, n^o 3, p. 278.

⁵⁴ Voir *Bulletin officiel*, vol. 68, 1985, Série B, n^o 3, p. 131.

⁵⁵ Voir 193^e rapport du Comité de la liberté syndicale, paragr. 28-29.

⁵⁶ Voir Geraldo von Potobsky, « Les visites sur place: un rouage important du mécanisme de contrôle de l'OIT », *Revue internationale du Travail*, vol. 120, 1981, p. 622.

3. *Les missions spéciales*

En 1999, une forme nouvelle de contacts avec les gouvernements a été entreprise en République de Corée. En effet, au lieu d'avoir désigné une personnalité représentante du Directeur Général, une «mission tripartite de haut niveau» fut nommée. Cette commission était constituée par un représentant gouvernemental, un représentant des employeurs et un représentant des travailleurs, membres du Conseil d'administration; ces deux derniers étant des membres du Comité de la liberté syndicale. La mission était nommée dans le cadre d'une plainte présentée contre la République de Corée sur des allégations d'atteinte à la liberté syndicale.⁵⁷ Le but de la nomination d'une mission tripartite était d'arriver à trouver une solution à des problèmes graves d'origine multiple et où la présence des représentants des travailleurs et des employeurs pouvait être utile pour expliquer les fonctions du Comité aux interlocuteurs sociaux nationaux. Ainsi la présence des représentants des employeurs et des travailleurs a été d'une grande utilité, du moment que tous les intérêts étaient représentés au sein de la mission. Les secteurs concernés ont pu être rencontrés, ce qui a donné un aperçu assez précis de la situation régnante. L'originalité de cette mission montre comment la procédure du Comité de la liberté syndicale s'adapte aux besoins de chaque cas précis.

En 1999, en République de Corée à nouveau, «une mission de suivi» dirigée par le Président du Comité de la liberté syndicale fut entreprise. Il s'agissait premièrement de mesurer les progrès faits dans l'implémentation des recommandations du Comité de la liberté syndicale dans les sessions de mars et de novembre 1998 en tenant compte des conclusions de la mission tripartite de haut niveau et, deuxièmement d'assister le gouvernement dans l'exploration des voies et moyens disponibles afin de surmonter les obstacles pour l'implémentation de ces recommandations. L'innovation réside ici sur le fait que c'est le Président du Comité de la liberté syndicale qui entreprit la mission. De toute évidence le poids de ses remarques et de ses observations, du fait de son rôle, ont eu un effet particulier sur le gouvernement.

4. *Les missions de coopération technique*

Les missions de coopération technique sont l'un des moyens dont dispose l'OIT pour réaliser ses objectifs, venant compléter d'autres moyens d'action, conformément à son mandat défini dans la Constitution et dans la Déclaration de Philadelphie.

⁵⁷ Voir 309^e rapport du Comité de la liberté syndicale, paragr. 39 et suiv.

Dans le cadre de la liberté d'association, elles sont réalisées à la demande du Comité ou d'un gouvernement, et ont pour but de trouver une solution aux divers problèmes de législation ou de fait auxquels font face les Etats, par le biais des échanges de vues entre des représentants du BIT et des membres du gouvernement concerné. Le gouvernement et le représentant du BIT travaillent ensemble et font des apports communs en vue de trouver ces solutions.

En conclusion, il est utile de mentionner que de nombreuses missions tant de contacts directs que d'assistance technique, entre autres, ont eu lieu. Le continent où il y a eu plus de missions de contacts directs est l'Amérique Latine où des missions ont eu lieu dans tous les pays à l'exception du Mexique, du Cuba, du Brésil et du Panama.

IV. Les rapports du Comité, ses recommandations et leur discussion au sein du Conseil d'administration

Le Comité peut rendre trois types de rapport, à savoir: les rapports définitifs, les rapports de suivi, et les rapports intérimaires. Le Comité rédige des *rapports définitifs* lorsque les informations fournies par les plaignants et par le gouvernement montrent que les questions en cause ont été réglées ou bien qu'il y ait des problèmes ou lorsqu'il considère suffisant de recommander certaines orientations à suivre afin de les résoudre des problèmes persistants. Dans les *rapports de suivi*, le Comité demande à être tenu informé de l'évolution du cas. Il peut s'agir tant des questions de fait, comme l'évolution de certains recours ou d'une situation en particulier ou encore des questions de droit comme l'édiction de nouvelles lois ou leur annulation. Enfin, il y a lieu d'établir un *rapport intérimaire* quand le Comité ne dispose pas d'informations suffisantes sur l'ensemble des allégations ou lorsque les questions soulevées dans la plainte ne sont pas réglées.

Les recommandations du Comité s'adressent de manière générale au gouvernement en lui demandant de prendre certaines mesures, soit pour obtenir des informations quand ils n'ont pas répondu aux allégations des plaignants, soit pour lui demander de porter remède à certaines situations dont le Pouvoir exécutif est responsable; par exemple, l'annulation de certaines décisions ou résolutions administratives, la modification de normes administratives ou législatives, voire la libération de dirigeants syndicaux ou la dévolution de biens syndicaux.

En principe, le Comité ne s'adresse pas aux organisations syndicales. Pourtant dans certaines occasions par exemple, lorsque, après des mesures prises par le gouvernement les organisations manifestent une attitude intransigeante, le Comité peut inviter les parties à essayer de trouver ensemble une solution aux problèmes. Le Comité peut aussi demander au gouvernement de prendre les

mesures nécessaires tendant à mettre fin aux actes de discrimination antisyndicale des employeurs comme la réintégration à l'emploi ou l'accord des compensations pour perte de salaires.

Dans le cadre de l'interrelation entre les droits de l'homme et le droit syndical, le Comité peut recommander aux gouvernements de prendre des mesures qui vont au-delà de celles concernant les droits syndicaux, comme l'éradication de groupes paramilitaires ou l'amélioration du fonctionnement du système judiciaire. Lorsque les allégations portent sur des violations aux droits syndicaux par une entreprise déterminée, celle-ci ne pourra pas répondre directement à ces allégations; elle devra le faire par le biais des observations du gouvernement. Lorsque la plainte est basée sur le refus de la part des autorités d'enregistrer ou reconnaître un syndicat en raison du non-accomplissement de certaines conditions, le Comité a demandé à l'organisation plaignante de satisfaire aux formalités une nouvelle fois afin d'obtenir qu'il soit officiellement constitué.

Les rapports du Comité sont alors soumis au Conseil d'administration qui jusqu'alors les a toujours acceptés sans faire de modifications. Le représentant du gouvernement mis en cause a le droit de s'adresser au Conseil d'administration même lorsqu'il n'en est pas membre. Si le pays n'est pas représenté dans le Comité, il est invité à y envoyer un représentant. Les membres du Conseil s'expriment librement et peuvent manifester leur désaccord avec les conclusions ou les recommandations du Comité. Les débats sont reproduits par la suite dans un procès verbal.

V. Impact de décisions

Ce sujet ayant fait l'objet d'une étude approfondie en 2001,⁵⁸ nous nous bornerons à reproduire ici quelques paragraphes des conclusions de cette étude. Créée en 1951, la procédure de contrôle du Comité de la liberté syndicale a démontré, au fil des années, une efficacité indéniable. Les cas de progrès recensés dans de nombreux domaines liés à l'exercice de la liberté syndicale témoignent de cette efficacité. Outre qu'il veille à ce que les syndicalistes bénéficient des garanties judiciaires traditionnellement reconnues dans un Etat de droit, et inscrites dans tous les grands instruments internationaux des droits de l'homme, le Comité a réussi à obtenir dans un nombre appréciable de cas la libération, la réduction ou encore l'annulation de sentences manifestement injustes ou disproportionnées.

Il s'est également assuré de l'application du droit des travailleurs et des employeurs, sans distinction d'aucune sorte, ni autorisation préalable, de constituer des organisations de leur choix et de s'y affilier. Il a accordé une attention parti-

⁵⁸ Voir Gravel; Duplessis; Gernigon, précité note 7, p. 67 et suiv.

culière à l'exercice en pratique du droit des organisations d'élire librement leurs représentants, d'élaborer leurs statuts et programmes, et d'organiser leur gestion. A l'intérieur de ce filet de protection prévu par la convention n° 87, le Comité a veillé à la reconnaissance et à l'exercice du droit de grève. Cette attention était d'autant plus nécessaire qu'une augmentation sensible de restrictions liées à l'exercice du droit de grève avait été constatée dans les années quatre-vingt. En outre, le Comité a également été appelé à demander le réenregistrement immédiat d'organisations qui avaient fait l'objet au préalable d'une dissolution par voie administrative.

Dans le cadre des garanties prévues par la convention n° 98, le Comité s'est efforcé de faire redresser les actes de discrimination antisyndicale et d'ingérence en insistant sur la nécessité d'instaurer des procédures rapides, impartiales et objectives pour les travailleurs s'estimant victimes de telles pratiques. Le Comité a également rappelé l'obligation, d'ordre préventif, qui consiste à établir par voie législative des sanctions suffisamment dissuasives pour prévenir de tels actes. Il a enfin veillé à la promotion de la négociation collective volontaire et de bonne foi. A l'instar du droit de grève, l'action du Comité dans le domaine de la protection des travailleurs contre les actes de discrimination antisyndicale s'est nettement accentuée depuis les années quatre-vingt.

Bref, à partir des instruments de base en matière de liberté syndicale, à savoir les conventions n°s 87 et 98, le Comité de la liberté syndicale a travaillé à l'application effective des droits des travailleurs et des employeurs et de leurs organisations. Comme le rappelait le Directeur Général du BIT l'un des rôles les plus importants, indépendamment de la promotion des normes de l'OIT, consiste à surveiller l'application de ces instruments dans la pratique. Qui d'autre en effet que le Comité est plus apte à examiner la conformité, dans les faits, des obligations que les Etats ont contracté, lorsque l'on sait que ce dernier procède à partir des plaintes déposées par les acteurs mêmes des relations professionnelles, à savoir les organisations de travailleurs et d'employeurs?

Le succès du Comité de la liberté syndicale se vérifie d'ailleurs concrètement avec l'accroissement des cas de progrès répertoriés dans les dernières années. Mais ce succès se fonde plus généralement dans le résultat de l'action conjointe des différents éléments du système de contrôle de l'OIT où intervient, parallèlement au Comité de la liberté syndicale, la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, ainsi que la Commission de l'application des normes de la Conférence internationale du Travail durant laquelle les gouvernements sont interpellés directement dans le but de prendre des engagements concrets afin de remplir leurs obligations internationales. Il convient également de mentionner les autres moyens dont dispose l'OIT pour veiller à la reconnaissance effective des normes en matière de liberté syndicale, tels que la formule des missions de contacts directs, l'instauration de commissions d'enquête, l'action même si sporadique accomplie par la Commission d'investigation et de conciliation, ainsi que les programmes d'assistance technique.

Les objectifs constitutionnels de l'OIT posent le principe de la liberté syndicale en tant que moyen essentiel pour préserver une paix durable, en plus de voir en ce principe la condition indispensable pour un progrès soutenu. Le mécanisme spécial de contrôle qu'est le Comité de la liberté syndicale est né précisément des objectifs de l'OIT et de la nécessité de sauvegarder la liberté syndicale dans la pratique. Ces objectifs institutionnels peuvent également faire l'objet d'une promotion et d'une réalisation par d'autres moyens. La Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, adoptée en 1998 par la Conférence internationale du Travail, œuvre en ce sens et consacre elle aussi, en directe continuité avec la mission historique de l'OIT, le droit fondamental qu'est la liberté d'association et la négociation collective.

La réussite du Comité s'explique donc à la lumière de deux facteurs. Premièrement, cette réussite doit être replacée dans l'ensemble de la structure de contrôle de l'OIT, système où s'équilibrent, d'une part, l'action des organes techniques, dont les membres sont choisis en vertu de leur indépendance et de leur expertise et, d'autre part, l'action des organes représentatifs qui regroupent les délégués des gouvernements, des travailleurs et des employeurs. Deuxièmement, les succès du Comité découlent de la procédure de nature quasi judiciaire qui entoure ce mécanisme de contrôle, conjuguée à une philosophie institutionnelle ancrée dans la persuasion et non dans la répression. A la lumière des normes internationales du travail qui créent des obligations pour les Etats en leur qualité de Membres de l'OIT ou en vertu des conventions ratifiées, le Comité a procédé à une analyse fondée sur des critères objectifs et non arbitraires des cas qui lui ont été soumis pour ensuite formuler des recommandations qui, invariablement, appellent au dialogue et à la coopération.

De plus, grâce à cette méthode jurisprudentielle de cas par cas, le Comité est en mesure d'insuffler une vie aux normes conventionnelles, les compléter ou encore les mettre à jour en tenant compte des conditions nouvelles qui existent concernant l'évolution de chaque pays, le marché de l'emploi, la démographie et les développements technologiques. Cette méthode assure finalement une approche différenciée devant des problèmes concrets, qui ne risquent pas de disparaître avec le temps mais au contraire de se présenter sous des formes nouvelles avec les transformations de l'environnement économique et social provoquées par la mondialisation. La méthodologie du Comité de la liberté syndicale possède donc cet avantage de pouvoir affronter et résoudre, en coopération avec les Etats Membres, les problèmes sociaux que soulève inmanquablement la mondialisation de l'économie.

VI. Conclusions

L'existence du Comité de la liberté syndicale et ses procédures à la fois pragmatiques, réalistes et flexibles, qui se sont perfectionnées avec le temps, ont une raison d'être bien précise. En effet, le respect de la liberté syndicale est une exigence primordiale et inéluctable pour l'Organisation internationale du Travail, en raison de la caractéristique essentielle de sa structure – le tripartisme – et des fonctions capitales que sont appelées à exercer les organisations de travailleurs et d'employeurs en son sein comme dans les Etats Membres, en vertu de sa Constitution et de ses instruments. Sans liberté syndicale, c'est-à-dire sans organisations de travailleurs et d'employeurs indépendantes, représentatives et jouissant des droits et des garanties nécessaires pour promouvoir les droits de leurs adhérents et le bien-être de tous, le principe même du tripartisme est faussé, si ce n'est vidé de sa substance, et la perspective d'une plus grande justice sociale gravement mise en cause.

Comme le réaffirme la Déclaration de Philadelphie, «la liberté d'association» – ou liberté syndicale – est «une condition indispensable d'un progrès soutenu» et «la lutte contre le besoin doit être menée avec une inlassable énergie au sein de chaque nation et par un effort international continu et concerté dans lequel les représentants des travailleurs et des employeurs, coopérant sur un pied d'égalité avec ceux des gouvernements, participent à de libres discussions et à des discussions de caractère démocratique en vue de promouvoir le bien commun». La Déclaration précise en conclusion que l'application de ces principes «intéresse l'ensemble du monde civilisé».

Dans cette perspective, si l'on considère que la liberté syndicale est une des principales garanties de la paix et de la justice sociale, on comprend aisément que l'OIT ait adopté une série de conventions – dont les plus importantes ont été largement ratifiées –, de recommandations et de résolutions qui constituent à l'échelle internationale la source de références la plus abondante en ce domaine, et qu'en plus des mécanismes généraux de contrôle elle ait institué une procédure spéciale en vue de protéger efficacement les droits syndicaux. Cette procédure permet non seulement aux gouvernements des Etats Membres, mais aussi aux organisations de travailleurs et d'employeurs, de présenter des plaintes contre un gouvernement, même s'il n'a pas ratifié les conventions sur la liberté syndicale. Elle est le résultat de négociations et accords entre le Conseil d'administration du BIT et le Conseil économique et social des Nations Unies, qui ont débouché en 1950 sur l'établissement de la Commission d'investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale; l'année suivante, en 1951, le Conseil d'administration instituait le Comité de la liberté syndicale. On peut affirmer sans crainte d'être démenti que ce Comité est aujourd'hui l'organisme international qui jouit, en matière de promotion et de défense de la liberté syndicale, de la plus grande autorité au niveau mondial. L'extraordinaire diversité des cas

présentés par les organisations de travailleurs et d'employeurs (plus de 2,300), sa composition tripartite, l'indépendance de son président, sa faculté d'instruire des plaintes visant des Etats qui n'ont pas ratifié les conventions de l'OIT en la matière, l'incontestable impartialité de ses procédures, la célérité avec laquelle il examine les cas, l'unanimité qui caractérise ses décisions et l'élaboration d'un ensemble de principes sur les problèmes syndicaux fondamentaux qui complètent les normes de l'OIT sont autant de caractéristiques particulièrement originales en droit international: elles ont conféré au Comité une autorité et une crédibilité qui n'ont pas cessé de s'affirmer au fil des années. C'est ainsi que bien au-delà de l'efficacité des recommandations formulées par le Comité sur différences cas concrets (remises de peines de mort, libération de syndicalistes, annulation de décisions portant dissolution de syndicats, restitution de biens aux syndicats, etc.), les principes qu'il a établis sur la base des conventions, recommandations et résolutions de la Conférence internationale du Travail ont souvent infléchi les législations nationales, inspiré les décisions judiciaires, guidé les inspections du travail et facilité le règlement de graves conflits du travail.⁵⁹

Enfin, il est important de souligner que les successives améliorations introduites dans la procédure du Comité ont renforcé notablement l'efficacité de ses décisions. Par exemple, la distinction entre les cas urgents et non-urgents aux effets d'un traitement plus rapide des plaintes; le suivi régulier de ses recommandations dans l'introduction de son rapport tant que les problèmes n'ont pas été réglés; les différents types de missions qui peuvent accompagner la procédure en vue de l'établissement des faits ou de la solution des problèmes; les éventuelles négociations avec les gouvernements et les entretiens du président du Comité avec les gouvernements qui n'envoient pas leurs observations lorsqu'une plainte a été présentée contre eux, ont été des facteurs déterminants pour une meilleure application dans le monde des principes fondamentaux de l'OIT en matière de liberté syndicale.

⁵⁹ Voir Alberto Otero et Horacio Guido, *Droit syndical de l'OIT: normes et procédures*, BIT, Genève, 2001.

PART 3
INTERNATIONAL LABOUR STANDARDS
AND INTERNAL LEGAL ORDER



En aval des normes internationales du travail: le rôle du BIT dans l'élaboration et la révision de la législation du travail

*Arturo Bronstein**

I. Introduction

Le but de cet article est d'offrir une vue d'ensemble de l'assistance technique que le Bureau international du Travail met à la disposition des Etats membres en vue de les aider à évaluer et, si besoin est, à reformuler leur législation du travail. Cette tâche constitue l'une des rares obligations en matière d'assistance technique du Bureau dont la source juridique est la propre Constitution de l'OIT. En effet, aux termes de l'article 10, paragraphe 2(b) de la Constitution, sous réserve des directives que pourrait lui donner le Conseil d'administration, le Bureau est tenu de fournir aux gouvernements, «sur leur demande et dans la mesure de ses moyens, toute aide appropriée pour l'élaboration de la législation sur la base des décisions de la Conférence, ainsi que pour l'amélioration de la pratique administrative et des systèmes d'inspection». Pour une large partie les avis fournis par le Bureau dans ce domaine se basent sur des normes de l'OIT – conventions ou recommandations – qui pour ainsi dire viennent à se positionner *en amont* de la législation nationale, et c'est pourquoi dans cette article nous allons présenter ce qui en quelque sorte se situe *en aval* des normes de l'OIT. Cependant, dans bien d'autres cas le Bureau puise ses sources d'inspiration dans d'autres textes légaux, au nombre desquels on peut citer le droit communautaire européen, ainsi que bien souvent la législation et la pratique comparées des Etats Membres de l'OIT. Dans la présentation qui suit nous passerons en revue successivement l'histoire de l'assistance en législation du travail, les différentes formes qu'elle peut prendre, la manière dont elle est organisée et l'utilisation des normes de l'OIT dans les avis donnés par le Bureau. Pour conclure, nous présenterons quelques exemples d'avis fournis par le Bureau en matière de législation du travail, et les suites que les Etats membres leur ont donnés.

* Conseiller principal en politiques de législation du travail.

II. Un peu d'histoire

Le début de l'assistance du Bureau aux Etats membres en matière de législation du travail date déjà de bien avant la seconde guerre mondiale, car la première demande que le Bureau a eue à honorer est venue du Venezuela en 1936. A peine libérée de la longue dictature du général Gómez, décédé en décembre 1935 – le Venezuela à l'instar de nombreux autres pays d'Amérique latine entreprit un processus dit de *modernisation*¹ de ses institutions politiques et sociales, y compris sa législation du travail. C'est donc sur la demande de ce pays, membre de l'OIT depuis 1919, que le Bureau a dépêché une mission sur place, au cours de laquelle les experts du Bureau ont travaillé avec des experts nationaux, en vue de mettre au point un texte qui fut présenté au Parlement et devint la Loi du travail de 1936.² Quelque temps après, une autre mission du Bureau s'est rendue en Bolivie, dont la Loi générale du Travail de 1938, modifiée en 1942, a reçue une influence notable de la loi vénézuélienne de 1936.

Cependant, l'assistance technique du Bureau en matière de législation du travail n'a pris son élan que bien après la seconde guerre mondiale, et ce dans le cadre des processus de décolonisation qui eurent lieu en Afrique après la guerre, vers la fin des années cinquante mais surtout dans la décennie suivante au cours de laquelle de nombreux pays africains ont eu leur indépendance et devinrent membres de l'OIT.³ Confrontés alors aux défis découlant de leur nouvelle identité – et leurs nouvelles responsabilités – les états nouvellement indépendants ont procédé à une *remise à plat* de leurs institutions et leurs cadres législatifs respectifs. Si ceci ne s'est pas traduit par une rupture avec la législation héritée des anciennes puissances coloniales, il a motivé en revanche un re-examen du rôle

¹ Le processus de «modernisation» d'Amérique latine s'est caractérisé par le transfert du pouvoir politique des oligarchies rurales aux bourgeoisies urbaines, qui ont cherché l'appui d'un prolétariat naissant dont la contrepartie a souvent été l'adoption d'une législation du travail fort généreuse pour l'époque; voir par exemple A. Bronstein, «L'évolution sociale et les relations professionnelles en Amérique latine: bilan et perspectives», *Revue internationale du Travail*, vol. 134, 1995, pp. 179-203.

² Pour l'anecdote on pourrait rappeler que cette mission du Bureau au Venezuela a été intégrée par deux juristes anglais, David Blelloch et Wilfred Jenks, alors que le gouvernement vénézuélien a désigné comme contrepartie un jeune juriste local, nommé Rafael Caldera. Bien des années plus tard, en 1970, la Conférence régionale américaine de l'OIT s'est tenue à Caracas, sur invitation du gouvernement du Venezuela, présidé alors par Rafael Caldera, tandis que le Secrétariat du Bureau avait à sa tête Wilfred Jenks, devenu son Directeur général.

³ En avril 2004, l'OIT comptait avec 53 membres africains, dont seulement quatre (l'Afrique du Sud, l'Egypte, l'Ethiopie et le Liberia) en faisaient partie avant la seconde guerre mondiale. Dans la décennie des années cinquante, seulement 6 pays nouvellement indépendants d'Afrique sont venus à l'OIT, mais dans les années soixante le nombre de nouveaux membres africains a été de 25, puis ils ont été douze, quatre et deux respectivement dans les années 70, 80 et 90. L'un des derniers venus est, paradoxalement l'Afrique du Sud, qui fut un de ses membres fondateurs en 1919, mais avait quitté l'OIT en 1966 à la suite de la mise en cause par l'OIT de sa politique d'*apartheid*. Ce n'est qu'en 1994 que l'Afrique du Sud a repris sa place au sein de l'OIT.

de la législation dans les nouveaux cadres institutionnelles et politiques qui ont suivi l'indépendance. Les pays nouvellement arrivés à l'OIT ont tous accepté les obligations internationales que leurs anciennes puissances métropolitaines avaient déclarées applicables sur leur territoire avant l'indépendance. Il s'en est suivi que les normes de l'OIT qui étaient déjà en vigueur pour ces pays ont été reprises dans les nouveaux codes du travail, comme ce fut le cas de la Guinée (1960), le Mali (1962), le Botswana (alors le Betchoualand, 1963), la Mauritanie (1963), la Côte d'Ivoire (1964), le Benin (alors le Dahomey, 1967), ou encore le Cameroun (1974). Une bonne partie des codes post-indépendance ont été révisés dans les décennies suivantes, et ce souvent avec l'assistance technique du Bureau, tandis que dans certains cas comme la Namibie, le Bureau a collaboré à la mise en place d'une législation du travail *à partir de zéro*,⁴ alors qu'en Afrique du Sud il fournissait des orientations visant à démanteler le régime d'*apartheid*, dont le résultat fut la loi de 1995 sur les relations professionnelles.⁵ A l'heure actuelle le Bureau participe toujours aux processus de réforme de la législation du travail qui sont en cours entre autres au Burkina Faso, en Madagascar, en Guinée Bissau, au Ghana, au Kenya, au Mozambique et au Nigeria. D'autre part, il a fourni des avis techniques à un projet de Code du travail uniforme dans le cadre de l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), qui regroupe seize pays, pour la plupart francophones.

L'assistance technique du Bureau dans la réforme de la législation du travail n'est pas pour autant restée confinée à l'Afrique, ni encore moins aux défis découlant de l'indépendance. Bien au contraire, le Bureau a participé aux processus de révision de la législation du travail des membres de l'OIT sur tous les continents. C'est ainsi qu'au début de la décennie passée l'aide technique du Bureau a été requise en vue de la révision de la législation du travail de pays d'Amérique latine tels que le Costa Rica, le El Salvador et la République dominicaine, alors mis en cause pour le manque de garanties que leurs codes du travail offraient aux travailleurs qui cherchaient à se syndiquer ou à exercer leurs droits collectifs en général. En Asie Pacifique, l'avis technique du Bureau a été demandé par des pays comme le Laos, le Viêt-Nam ou le Cambodge, où le Bureau a fourni une contribution décisive à la rédaction de son Code du travail de 1997, sur lequel nous reviendrons plus tard, ainsi que plus récemment

⁴ Devenue indépendante (de l'Afrique du Sud) en 1990, la Namibie a en même temps répudié la législation du travail jusque là applicable, qui pour l'essentiel était celle de l'apartheid sud-africain. Sur sa demande le Bureau a mis un expert en législation à sa disposition, dont le travail abouti à l'adoption de la loi sur le travail, 1992. Le texte de cette loi peut être consulté dans la base de données NATLEX du Bureau: <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEB-TEXT/29328/64850/E92NAM01.htm>

⁵ Les orientations du Bureau ont fait l'objet d'un rapport intitulé «Prélude aux changements: la réforme des relations professionnelles en Afrique du Sud», publié dans le *Bulletin officiel*, vol. 75, 1992, Série B, Supplément spécial. La loi sud-africaine est disponible sur le site <http://www.labour.gov.za/docs/legislation/lra/act95-066.html>.

d'autres pays tels que l'Indonésie, le Sri Lanka, la Papouasie Nouvelle Guinée et les Fidji. L'assistance fournie à Timor Leste, où des experts du Bureau se sont rendus à plusieurs reprises sur la demande de l'autorité intérimaire des Nations Unies (UNTAET), et collaboré à la préparation d'un projet de Code du travail, par la suite entériné par l'Assemblée constituante et entré en vigueur en mai 2002, mérite une mention toute particulière.

Mais c'est peut être en Europe centrale et orientale que l'assistance du Bureau dans les années quatre-vingt-dix a été le plus demandée, et ce à la suite de la chute du régime communiste. Depuis 1991 le Bureau a fourni des avis et même des projets législatifs complets à des Etats ou entités territoriales comme l'Albanie, la Bulgarie, les deux entités composant la Bosnie-Herzégovine, la République tchèque, la Roumanie, la Slovaquie, la Serbie, ainsi que – suite à une demande de l'autorité intérimaire des Nations Unies, UNMIK – le Kosovo. Cette assistance se poursuit actuellement dans un certain nombre de ces pays, et elle s'étend même à la Fédération de Russie, l'Ukraine, Moldova et les anciennes républiques soviétiques du Caucase et de l'Asie centrale. Dans les Caraïbes de langue anglaise le Bureau a fourni une assistance en législation à des pays tels que la Grenade ou le Guyana. Enfin, au moment où ces lignes sont écrites des pays arabes tels que le Bahreïn, le Koweït ou le Yémen demandent et reçoivent l'avis technique du Bureau en vue de réviser leur législation du travail, et un projet de Code du travail a été proposé par le Bureau à l'Iraq.

En moyenne, le Bureau reçoit entre trente et quarante demandes par an, portant sur des questions relatives à la législation du travail de ses Etats membres. Si certaines de ces demandes portent sur des thèmes très ponctuels, ou se limitent parfois à une quête d'informations, dans bien d'autres cas elles portent sur l'ensemble de la législation du travail et donnent lieu à des interventions du Bureau de longue haleine portant au moins sur un re-examen et souvent sur une révision en profondeur du droit applicable aux rapports entre employeurs et employés.

III. Les traits essentiels de l'assistance du Bureau en matière de législation du travail

On n'aurait presque pas besoin de dire que le Bureau ne bénéficie pas d'un monopole dont l'effet serait de le rendre la seule institution au monde capable de fournir une assistance technique en matière de législation du travail. Il est bien évident que lorsqu'un Etat envisage de réviser sa législation du travail il lui appartient de décider s'il fera ou non appel à l'assistance technique du Bureau ou à celle d'une autre organisation internationale, ou encore à qui que ce soit d'autre. Dans la pratique, ils sont nombreux les Etats qui ne cherchent pas à demander d'avis extérieur lorsqu'ils entreprennent la révision de leur législation, alors qu'il y en a d'autres qui vont à la recherche d'une expertise privée, ou encore qui cherchent ce qu'on appelle l'assistance dite «bilatérale» d'autres pays avec qui ils entretiennent des affinités, voire des rapports privilégiés. D'autres pays reçoivent le conseil des institutions financières internationales, et ce souvent lorsque ces dernières ont accordé leur soutien aux programmes dits d'ajustement structurel, qui comprennent parfois un volet portant sur la réforme du marché du travail dont la mise en œuvre peut demander la révision de la législation du travail ou de certaines dispositions en particulier.⁶

Il en ressort que l'offre du Bureau se trouve en concurrence avec celle d'autres pays, institutions ou personnes, face à laquelle il doit démontrer, non seulement qu'il possède une expertise technique pour le moins comparable aux autres fournisseurs d'assistance technique mais aussi qu'il peut offrir une valeur ajoutée dont ces derniers ne disposent pas. La question se pose alors de demander quels sont ces avantages comparatifs du Bureau, et quelle est la valeur ajoutée qu'il peut offrir, dont les «concurrents» ne peuvent se prévaloir lorsqu'un Etat cherche une assistance technique en vue de réviser, voire de refondre sa législation du travail.

1. Une compétence reconnue par l'ONU

Il convient de rappeler en premier lieu que l'assistance technique du Bureau en matière de législation du travail tire sa légitimité non seulement des dispositions sus-citées de la Constitution de l'OIT, mais également de sa qualité d'institution spécialisée de l'ONU en matière sociale, que cette dernière a reconnu à l'Organisation internationale du Travail en vertu d'un accord passé

⁶ C'est le cas, le plus souvent, du statut des agents d'entreprises d'Etat qui seraient privatisées ou deviendraient privatisables, du régime du contrat du travail en général et du licenciement en particulier. D'autres changements législatifs demandés à l'occasion par les institutions financières peuvent porter sur le salaire minimum, le temps du travail et son aménagement, les facultés de l'employeur de modifier certaines conditions du travail ou encore la structure de la négociation collective.

déjà en 1945 entre l'ONU et l'OIT dans le cadre de l'article 57 de la Charte des Nations Unies.⁷

La vocation spécialisée de l'OIT fait du Bureau, son secrétariat, un véritable observatoire du droit social dans le monde, au sein duquel des informations sont recueillies, des bases de données sont développées⁸ et des études sont entreprises, qui permettent au Bureau d'avoir une connaissance très précise des grandes tendances du droit et des relations du travail dans le monde. Ceci permet au Bureau de développer une capacité d'analyse qui est à la fois rétrospective et prospective, et asseoir ses avis législatifs sur une base de connaissances impossibles ou presque à trouver ailleurs.

Signalons aussi que le Bureau dispose d'une équipe d'experts venant de presque toutes les régions du monde, et possédant par conséquent une connaissance personnelle des différentes cultures juridiques, indispensable pour qu'un avis du Bureau puisse être placé dans le contexte précis du pays auquel il s'adresse. L'expertise dont il dispose lui accorde alors une capacité de formulation législative, qui s'exprime par exemple par la proposition de textes alternatifs qu'il soumet en vue de leur considération par le gouvernement concerné. De tels textes sont soigneusement rédigés, dans un langage qui tient compte du système juridique et même du style rédactionnel du pays en question; tâche pour laquelle le Bureau est particulièrement bien équipé en raison précisément des origines nationales de ses spécialistes en législation. Venant eux-mêmes des différentes régions du monde ces derniers maîtrisent non seulement la logique des différents systèmes juridiques mais aussi les principales langues dans lesquelles le droit est exprimé.

Ajoutons qu'il est rare qu'un spécialiste du Bureau travaille tout seul lorsqu'il est saisi d'un projet de Code du travail ou de toute autre projet législatif d'une grande envergure qu'un Etat lui soumet en vue d'avoir une opinion. En effet, si un avis législatif demandé par un Membre est préparé par un spécialiste en législation ce dernier bénéficie souvent d'apports fournis par des unités techniques du Bureau compétentes en différents domaines. Ainsi les dispositions portant

⁷ Voir l'article 57 de la Charte des Nations Unies qui stipule comme suit:

1. Les diverses institutions spécialisées créées par accords intergouvernementaux et pourvues, aux termes de leurs statuts, d'attributions internationales étendues dans les domaines économique, social, de la culture intellectuelle et de l'éducation, de la santé publique et autres domaines connexes sont reliées à l'Organisation conformément aux dispositions de l'Article 63.

2. Les institutions ainsi reliées à l'Organisation sont désignées ci-après par l'expression «institutions spécialisées».

⁸ Le Bureau dispose de la bibliothèque spécialisée en questions sociales qui est sans doute la plus complète au monde. Elle reçoit les principales publications périodiques du droit et des relations du travail du monde entier: les bases de données LABORDOC (350,000 publications répertoriées, accessible sur INTERNET: <http://labordoc.ilo.org/>) et NATLEX (55,000 enregistrements sur la législation du travail et de la sécurité sociale de plus de 170 pays et territoires, également accessible sur l'INTERNET: http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex_browse.home?p_lang=fr) du Bureau sont sans nul doute des références incontournables pour quiconque s'intéresse aux problèmes du travail dans le monde.

par exemple sur la sécurité et l'hygiène, la durée du travail, la rémunération, les services de l'emploi ou l'inspection du travail vont être examinées séparément par des unités techniques spécialisées dans chacun de ces domaines, qui fourniront des éléments permettant aux juristes du Bureau de préparer ce qu'on appelle un *avis consolidé*, que le Bureau soumettra au Membre. D'autre part, il n'est pas rare que les unités du Bureau qui font la liaison avec les organisations d'employeurs et de travailleurs soient aussi consultées, en vue de mieux identifier les aspects des projets législatifs qui comportent les propositions les plus sensibles du point de vue des syndicats et des associations d'employeurs du Membre qui a demandé un avis, qui par conséquent pourra être mieux ciblé sur ces questions.

En bref, le Bureau dispose d'atouts non négligeables, sur la base desquels une expérience a été construite et une expertise a été développée, que le Bureau peut mettre à la disposition de ses Etats membres. Aussi bonne qu'elle puisse être, l'expertise que les « concurrents » du Bureau peuvent offrir n'est en général construite que sur une base limitée à un seul pays ou au plus une poignée de pays. Lorsque le Bureau examine un projet de législation du travail il peut ainsi signaler à l'attention de l'Etat qui lui a demandé son avis, dans quelle mesure le projet en question est cohérent avec la législation et la pratique comparées, en général ou dans certaines régions du monde en particulier, ou encore si ce projet va à contre-courant des tendances comparatives en la matière, ce que ses « concurrents » ne peuvent proposer qu'assez rarement.

2. Une base normative légitimée par les acteurs sociaux

La base normative des avis fournis par le Bureau est cependant son atout le plus important, car aucune autre institution ne peut invoquer les normes de l'OIT avec autant d'autorité que le Bureau lui-même. Les normes de l'OIT reflètent une certaine sagesse universelle et bénéficient d'une légitimité sociale que nul ne saurait mettre en cause. En effet, loin d'être le produit de la pensée théorique de quelques bureaucrates de Genève, elles sont toujours le fruit d'un débat et de négociations souvent très serrées auxquelles prennent part les délégués de gouvernements et partenaires sociaux qui participent à la Conférence. Chaque projet d'une norme internationale dont la Conférence est saisie est âprement discuté, négocié, amendé et sous-amendé avant qu'un texte de compromis ne s'en dégage, susceptible de recueillir les deux tiers des votes des délégués participant à la Conférence internationale du Travail, nécessaires pour son adoption sous la forme d'une convention ou une recommandation. Ce sont donc les propres « clients potentiels » des normes de l'OIT qui font l'essentiel du travail aboutissant à leur adoption. Or c'est précisément cette discussion tripartite, suivie d'une négociation et enfin d'un vote à la majorité qualifiée qui non seulement confère une

très forte légitimité sociale aux normes de l'OIT mais qui aussi fait présumer que ces normes cherchent à proposer des solutions réalistes que les Etats membres de l'OIT peuvent par la suite transposer dans leur propre législation nationale.

3. La recherche du dialogue social

L'utilisation du dialogue social est également un trait marquant de l'assistance que le Bureau fournit aux Etats membres en matière de législation du travail. Il existe en effet une règle non écrite mais cependant régulièrement observée, selon laquelle tout avis du Bureau à un gouvernement, portant sur la législation du travail, doit être partagé par ce dernier avec les partenaires sociaux.⁹ Par ailleurs si le Bureau s'adresse en priorité aux gouvernements il ne néglige pas pour autant les organisations d'employeurs et de travailleurs. Toute mission d'un expert en législation sur place doit obligatoirement inclure des consultations avec les partenaires sociaux, dont les positions et les points de vue ne manquent pas d'être tenus en considération au moment où le Bureau formule un avis ou soumet des propositions législatives aux gouvernements.

Enfin, bien qu'assez rarement utilisée par les intéressés, l'expertise du Bureau en législation du travail est aussi à la disposition des organisations d'employeurs et de travailleurs, qui peuvent toujours demander un avis consultatif sur des projets de lois, voire sur des lois en vigueur dans leurs pays respectifs.¹⁰

4. Neutralité politique des avis du Bureau

Une dernière remarque porte sur la neutralité politique des avis du Bureau. Il arrive souvent que la mise en chantier de réformes de la législation du travail suscite des réactions émotionnelles, qui à l'occasion provoquent des mouvements de contestation politique, susceptibles de prendre des tournures

⁹ Quelques exceptions sont pourtant admises à cette règle. Par exemple, un gouvernement peut vouloir recevoir un avis très préliminaire lorsqu'il considère différentes options de politique législative. Dans ce cas, l'avis du Bureau peut porter sur un premier brouillon d'un avant-projet de loi, et même quelquefois sur un «livre blanc» ou autre forme de document interne dans lesquelles on considère plusieurs approches possibles avant qu'un avant-projet ne commence à prendre forme. A ce stade-là il est courant que l'avis du Bureau demeure confidentiel, car il n'y a pas de matière à discuter entre un gouvernement qui n'a pas encore arrêté sa position et les partenaires sociaux.

¹⁰ Par exemple, en 2002 les employeurs de la Slovaquie ont demandé un avis au Bureau portant sur le Code du travail de ce pays de 2002. Cet avis, que les employeurs ont par la suite partagé avec les organisations de travailleurs et le gouvernement a été pris en compte lors de la révision du Code du travail en 2003.

dramatiques, et très souvent sans commune mesure avec l'enjeu réel de la réforme en question.¹¹ C'est pourquoi les gouvernements peuvent chercher non seulement à recevoir l'expertise du Bureau mais aussi à ce qu'il joue de son autorité morale auprès des partenaires sociaux pour que ces derniers acceptent plus facilement les changements législatifs qui leur sont proposés. Or, si le Bureau est tenu de fournir une assistance technique aux gouvernements en vue de la réforme de la législation du travail, il doit en revanche bien se garder de jouer un rôle politique quelconque dans les négociations que ces derniers mènent avec les partenaires sociaux ou les parlements en vue de faire aboutir leurs propositions législatives. Il est du devoir du Bureau d'analyser les propositions législatives, contrôler leur conformité avec les conventions de l'OIT ratifiées par le pays en question, et donner un avis sur les mérites techniques des textes légaux qui leur sont soumis. Mais il a aussi un devoir de neutralité politique, qu'il se doit d'honorer, et ce d'autant plus qu'étant lui-même le secrétariat d'une organisation tripartite il doit éviter d'avoir parti pris avec l'un des constituants de l'Organisation lorsque ce dernier cherche à faire adopter une loi qu'un autre constituant de l'Organisation peut à tort ou à raison considérer comme contraire à ses intérêts. Il arrive cependant que certains gouvernements cherchent tout de même à profiter de la présence d'experts du Bureau, ou à présenter les avis fournis par ce dernier comme s'il s'agissait de gages d'un appui politique aux projets législatifs en discussion. Ceci peut se trouver à l'origine d'un malentendu que le Bureau se doit toujours de clarifier, même si c'est parfois au prix de quelques tensions avec le gouvernement qui reçoit sa visite.

Il existe pourtant quelques situations spécifiques où le Bureau peut sortir de sa réserve en vue de jouer un rôle plus actif dans la défense d'un projet de loi. Le premier cas se présente lorsque le Bureau s'est engagé à fournir une assistance technique en vue de mettre la législation du travail d'un pays en conformité avec une convention que ce dernier a ratifiée. Du moment où le but du projet de loi est de permettre à un Etat de s'acquitter de ses obligations vis-à-vis l'OIT, il est normal que le Bureau s'engage dans la défense du projet.

Le deuxième cas porte sur l'élaboration de lois visant à permettre la ratification de conventions fondamentales de l'OIT par un Etat Membre qui ne l'a pas encore fait. Il existe un tel consensus universel quant à l'importance de ces conventions que le Bureau considère qu'il a non seulement la faculté mais aussi le devoir de jouer, si besoin était, un rôle politique lorsque un Etat cherche à ratifier une convention fondamentale, et en vue de cet objectif il doit réviser sa législation nationale. La légitimité d'une telle intervention puise sa source dans

¹¹ Pour preuve en est la réforme du Code du travail du Panama, en 1995, qui déclencha des émeutes où plusieurs personnes moururent, ou l'assassinat, en 2002, du professeur Marco Biagi en Italie, très vraisemblablement parce qu'il était en train de conseiller le gouvernement dans la réforme de la législation du travail.

la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, adoptée par la Conférence en 1998.¹²

Enfin, il va sans dire que le Bureau ne peut qu'offrir un très fort appui en vue de l'utilisation du dialogue social dans tout processus d'élaboration ou de révision de la législation du travail dans les Etats membres de l'OIT.

IV. Pourquoi les Etats membres s'adressent-ils au Bureau?

Quelle que soit la forme que pourrait prendre la participation du Bureau dans un processus de réforme de la législation du travail d'un Membre de l'OIT il faut toujours qu'elle reste subordonnée à une demande venant de ce dernier. En effet, il est clair que la législation du travail d'un pays ne peut être révisée ou reformulée que lorsque son gouvernement a pris la décision d'entreprendre une telle réforme et que l'environnement politique général lui est favorable.¹³ A ceci il faut ajouter que même si le Bureau met en tout temps ses services techniques à la disposition des Etats membres, sa participation effective dans un processus de révision de la législation du travail d'un membre ne peut avoir lieu que s'il y est invité. Il importe donc de passer en revue les différentes situations dans lesquelles les membres s'adressent au Bureau afin de lui demander ses services consultatifs en vue de la révision de leur législation.

¹² Aux termes de cette Déclaration, la Conférence «reconnait l'obligation qui incombe à l'Organisation d'aider ses Membres, en réponse à leurs besoins établis et exprimés, de façon à atteindre ces objectifs en faisant pleinement appel à ses moyens constitutionnels, pratiques et budgétaires, y compris par la mobilisation des ressources et l'assistance extérieures, ainsi qu'en encourageant d'autres organisations internationales avec lesquelles l'OIT a établi des relations, en vertu de l'article 12 de sa Constitution, à soutenir ces efforts: (a) en offrant une coopération technique et des services de conseil destinés à promouvoir la ratification et l'application des conventions fondamentales; (b) en assistant ceux de ses Membres qui ne sont pas encore en mesure de ratifier l'ensemble ou certaines de ces conventions dans leurs efforts pour respecter, promouvoir et réaliser les principes concernant les droits fondamentaux qui sont l'objet desdites conventions». Voir le texte complet dans http://www.ilo.org/dyn/declaris/DECLARATIONWEB.static_jump?var_language=FR&var_pagename=DECLARATIONTEXT

¹³ Ainsi, le Bureau doit examiner avec beaucoup de circonspection des demandes qui lui sont adressées par un gouvernement sortant, ou à l'approche d'une échéance électorale, et ce d'autant plus qu'une réforme de la législation du travail est souvent un enjeu politique important, et en tout cas l'annonce d'une réforme peut devenir un argument de campagne électorale. Dans le premier cas, le Bureau risquerait de s'engager dans un processus de reformulation de la législation du travail qui n'a que très peu de chances d'aboutir, alors que dans le second cas c'est sa neutralité politique qui pourrait être mise en cause.

1. *L'avis de conformité*

Le cas le plus fréquent est l'avis de conformité d'un projet législatif avec une convention que le Membre en question a ratifié ou a l'intention de ratifier. Dès qu'un gouvernement élabore un projet de loi portant sur un sujet qui est traité par une convention ratifiée, il a tout intérêt à ce que le Bureau lui donne un avis préliminaire sur la compatibilité de ce projet avec la convention en question. Bien entendu, un avis du Bureau ne se substitue pas aux procédures normales de supervision de l'application des normes internationales du travail. Notamment il ne saurait préjuger de la position que pourrait prendre, le moment venu, la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations au sujet de la conformité de ce projet – ou de cette loi si cette dernière venait à être adoptée – avec une convention ratifiée.¹⁴ Cependant, les avis du Bureau étant construits sur la base des travaux de la Commission d'experts il y a de très bonnes raisons de penser que, sauf accident, les gouvernements peuvent toujours leur faire confiance.

2. *Proposition de textes légaux*

La formulation d'un avis de conformité n'est que rarement suffisante pour établir que la législation d'un Etat applique pleinement une convention ratifiée, et ce parce que cette dernière demande souvent des mesures en vue de sa mise en œuvre que le texte de la convention ne précise pas. En effet, les conventions peuvent contenir des règles suffisamment détaillées pour qu'elles puissent être transposées à la lettre dans la législation nationale, mais aussi, et c'est souvent le cas, elles peuvent être obligatoires quant à leurs objectifs, mais laisser en revanche aux Etats membres le soin de prendre les mesures appropriées en vue de leur mise en œuvre.¹⁵ C'est cette option qui est le plus souvent visée lorsqu'une convention prévoit que telle ou telle obligation qui en découle doit être mise en œuvre *selon la législation et la pratique*

¹⁴ Il ne serait *a fortiori* pas opposable à un avis interprétatif de la Cour internationale de Justice selon l'article 37, paragraphe 1 de la Constitution, ou le cas échéant du tribunal dont la mise en place est envisagé aux termes de l'article 37, paragraphe 2. Cependant, jusqu'à présent aucun cas n'a été soumis à l'avis interprétatif de la Cour internationale de Justice, et avant la seconde guerre mondiale seulement trois cas avaient été soumis à l'interprétation de la Cour permanente de justice internationale. Quant au tribunal prévu par l'article 37, paragraphe 2, rappelons simplement qu'il n'a jamais été constitué.

¹⁵ Ainsi, par exemple les conventions sur la durée du travail (industrie), 1919 (n° 1), la protection du salaire, 1949 (n° 95), les congés payés, 1970 (n° 132) peuvent être suivies presque à la lettre par la législation nationale, alors que la mise en œuvre d'autres conventions comme la Convention sur la discrimination (emploi et profession), 1958 (n° 111) ou l'égalité de rémunération, 1950 (n° 100) demandent l'adoption de textes visant à assurer que les objectifs de ces conventions soient atteints.

nationales. Dans ce cas, il appartient à chaque Membre de formuler les textes légaux ou de prendre toutes autres mesures appropriées en vue d'appliquer la convention, dont il doit faire rapport au Bureau conformément à l'article 22 de la Constitution. A défaut, la Commission d'experts pourra lui adresser une observation, ou la Commission de l'application des normes de la Conférence pourra le sommer de donner des explications, ou encore une réclamation ou une plainte pourraient être déposées contre lui en vertu des articles 24 ou 26 de la Constitution.

C'est dans ce contexte qu'un avis où le Bureau ne fait qu'examiner la conformité *stricto sensu* d'une loi ou un projet de loi avec une convention de l'OIT ne peut être que de courte portée, car il se limite à indiquer ce que l'Etat membre a mal fait ou omis de faire, mais non à lui dire comment il pourrait mieux faire. Pour être vraiment utile, le Bureau doit proposer des textes adaptés aux réalités nationales visant à prescrire les mesures par lesquelles un Etat pourrait commencer à mettre en œuvre une convention qu'il a ratifiée ou qu'il envisage de ratifier. C'est ce qu'il fait d'habitude.

3. *Mise à niveau de la loi*

Toujours dans le même ordre d'idées, il peut arriver que dans le cadre de la procédure de contrôle de l'application des normes internationales du travail on signale à l'attention d'un Etat membre que sa législation nationale ou certaines dispositions de celles-ci ne sont pas en conformité avec une convention que ce dernier a ratifiée. Le plus souvent c'est la Commission d'experts qui se charge de faire un tel signalement, sous la forme d'une observation, mais une recommandation visant à ce qu'un pays révise sa législation peut aussi venir du Comité de la liberté syndicale lorsque une plainte devant ce dernier porte sur des questions législatives, ou même si c'est beaucoup plus rare, du Conseil d'administration lorsque ce dernier a été saisi d'une procédure de réclamation ou d'une plainte conformément aux articles 24 ou 26 de la Constitution. De tels signalements s'accompagnent en général d'une offre d'assistance technique du Bureau dans le but de proposer au gouvernement des textes légaux visant à la *mise à niveau* de la législation nationale afin de la rendre compatible avec les conventions ratifiées que ce dernier a des difficultés à appliquer à l'entière satisfaction des organes de contrôle.

Enfin, mais certainement pas en dernier, l'assistance en législation du Bureau peut être demandée même si un Etat n'envisage pas de ratifier une convention de l'OIT, ou s'il cherche un avis technique du Bureau portant sur des matières qui n'ont pas fait l'objet de normes de l'OIT. C'est notamment le cas de demandes d'avis portant sur l'ensemble d'un Code du travail, qui en règle générale comprend de nombreuses questions au sujet desquelles la Conférence n'a pas adopté de normes. Par exemple, le Bureau a été très souvent appelé à

donner un avis, voire à proposer des règles portant sur de thèmes comme, entre autres la forme du contrat de travail, la relation d'emploi, le transfert d'entreprises, la loi applicable au contrat de travail, l'engagement à l'essai. Si l'OIT n'a pas adopté de normes portant sur ces questions il n'en demeure pas moins que le Bureau suit de près les évolutions législatives dans les Etats membres, dont il peut tirer des conclusions utiles pour ceux qui l'approchent pour lui demander son assistance technique en vue de légiférer sur ces matières.

V. Les sources juridiques utilisées

1. L'utilisation des normes de l'OIT dans les avis techniques du Bureau en matière de législation du travail

Les normes internationales du travail ont été le principal moyen d'action que la Constitution de l'OIT lui a assigné depuis sa création en 1919. On reconnaîtra certainement que depuis lors les activités de l'OIT se sont considérablement diversifiées et que le Bureau est aujourd'hui présent dans de nombreux domaines distincts de l'activité normative; qui plus est, il existe aujourd'hui une réflexion au sein de l'Organisation quant au contenu et la portée de son activité normative.¹⁶ Or, il n'en demeure pas moins que l'activité normative de même que l'assistance aux Membres pour la mise en œuvre de ses normes restent toujours au cœur du mandat de l'OIT. Ainsi le rapport intitulé *Un travail décent*, que l'actuel Directeur général a soumis à la 87^e session de la Conférence en début de son mandat, en 1999, rappelle non seulement que les conventions et recommandations de l'OIT constituent un moyen essentiel de protection des travailleurs dans le monde entier mais il souligne aussi que l'OIT doit adopter une attitude plus volontariste dans le domaine de l'application et aider les gouvernements à donner effet aux conventions qu'ils ont choisi de ratifier. Concrètement, cela pourrait consister à aider les gouvernements à réviser leur législation du travail et à améliorer leurs services d'inspection du travail. Plus récemment, dans *Réduire le déficit de travail décent: un défi mondial*, le Directeur général s'est à nouveau penché sur cette question, et rappelé que l'action normative est un instrument indispensable pour traduire dans les faits le travail décent.¹⁷

¹⁶ Voir en ce sens *Des valeurs à défendre, des changements à entreprendre: la justice sociale dans une économie qui se mondialise – Rapport du Directeur général*, Conférence internationale du Travail, 81^e session, 1994, puis *L'action normative de l'OIT à l'heure de la mondialisation – Rapport du Directeur général*, Conférence internationale du Travail, 85^e session, 1997, et enfin *Pour un travail décent – Rapport du Directeur général*, Conférence internationale du Travail, 87^e session, 1999.

¹⁷ Voir *Réduire le déficit de travail décent: un défi mondial – Rapport du Directeur général*, Conférence internationale du Travail, 89^e session, 2001, p. 64.

Il reste que, comme nous l'avons déjà signalé, l'action normative est d'une valeur moins que relative si l'adoption d'une norme internationale du travail, qu'elle soit une convention ou une recommandation, n'est pas suivie *en aval* par des lois ou autres instruments légaux par lesquels un Etat en assure la mise en œuvre. C'est dans ce cadre que l'assistance technique du Bureau vient à s'insérer, son but étant de traduire le travail normatif de l'OIT dans des dispositions concrètes de législation, ou comme le Directeur général l'a fait remarquer, opérationnaliser la notion de travail décent au niveau national.

Lorsqu'un avis du Bureau invoque un instrument de l'OIT une distinction doit être faite selon que l'instrument en question est une convention ratifiée par l'Etat membre qui a demandé un tel avis, ou s'il s'agit de toute autre instrument. Dans le premier cas le Bureau doit signaler au Membre les obligations qui découlent de la ratification et attirer son attention sur les aspects de la législation nationale – ou du projet de loi – qui vraisemblablement ne se trouveraient pas en conformité avec la convention en question. Si la Commission d'experts s'est déjà prononcée sur la législation du Membre, le Bureau ne manquera pas de reproduire les observations ou les demandes directes de cette dernière, et proposera des textes qui a son avis permettraient de régler les problèmes de conformité avec la convention, ou de mettre en œuvre cette dernière lorsqu'elle demande des mesures à adopter en conformité avec la législation et la pratique nationales. Bien que non obligatoire, l'opinion du Bureau bénéficie d'une autorité que le Membre a tout intérêt à reconnaître.

2. *Les autres sources*

Qu'en est-il des autres sources de droit auxquelles le Bureau peut faire appel lorsqu'il adresse un avis à un Etat Membre? En plus des conventions ratifiées, le Bureau peut baser son avis sur d'autres normes de l'OIT telles que des conventions non ratifiées ou des recommandations, ou encore des instruments appartenant à la catégorie de ce qu'on est convenu d'appeler *soft law* tels que les codes de conduite ou recueils de directives pratiques approuvés par des réunions d'experts convoquées par le Conseil d'administration du BIT.¹⁸

¹⁸ Par exemple à la suite de demandes reçues en vue d'une politique législative relative aux problèmes posés par le VIH/SIDA sur les lieux de travail, le BIT a développé un *Recueil de directives pratiques sur le VIH/SIDA et le monde du travail*. Ces directives sont le résultat d'un effort de consultations entre le Bureau et ses mandants tripartites, révisées par la suite par un groupe tripartite d'experts de toutes les régions, et adoptées par le Conseil d'administration en juin 2001. Son texte peut être consulté sur le site suivant: <http://www.ilo.org/public/english/protection/trav/aids/code/languages/hiva4f.pdf>. Il en est de même de la protection des données personnelles des travailleurs, qui ont fait l'objet d'un Recueil de directives pratiques adoptés en 1997 (texte disponible sur: <http://www.ilo.org/public/english/protection/safework/>

Parmi ces différentes sources les recommandations occupent une place et jouent un rôle dont l'importance ne saurait être sous-estimée. Souvent considérées à tort comme des instruments normatifs de *seconde classe*, les recommandations méritent cependant d'être mieux connues et appréciées à leur juste valeur. Souples par nature, les recommandations contiennent cependant des orientations détaillées qui complètent les principes consacrés dans les conventions. Elles peuvent par ailleurs porter sur des sujets qui ne sont pas couverts par des conventions. Plus concrètement, elles peuvent proposer des critères en vue de la mise en œuvre de conventions ratifiées ou non ratifiées, dont un Etat peut se servir lorsqu'il élabore sa législation. De tels critères, rappelons-le sont le résultat de discussions engagées au sein de la Conférence et d'un vote qui de même que pour une convention doit être acquis à une majorité de deux tiers, ce qui confère à la recommandation une très forte légitimité sociale. Comme son nom l'indique, une recommandation contient soit une proposition de politique soit d'un texte juridique, et à l'occasion les deux en même temps, dont le suivi est recommandé par la Conférence. Elle appartient sans nul doute à la catégorie des décisions de la Conférence mentionnées à article 10, paragraphe 2(b) de la Constitution, sur la base desquelles le Bureau est censé construire les avis législatifs qu'il fournit aux membres de l'OIT, ce qu'il fait très souvent.

Mais la panoplie de sources juridiques utilisées par le Bureau ne s'arrête pas avec les instruments de l'OIT. Aussi lorsqu'un avis est demandé par un Etat européen, le Bureau ne manque pas d'attirer l'*acquis communautaire*¹⁹ à son attention. Enfin, mais pas en dernier, des références à la législation et la pratique comparées – en particulier de pays comparables à celui qui a demandé un avis – peuvent et sont, en fait, très souvent utilisées par le Bureau.

Bien entendu, parmi ces différentes sources juridiques il n'y a que les conventions ratifiées qui sont des normes obligatoires pour les Etats membres vis-à-vis l'OIT. Même si la demande vient d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un candidat à l'accession – et qui pour cette raison est légalement tenu d'intégrer l'*acquis communautaire* dans son droit national – le Bureau ne peut traiter une norme de droit communautaire européen de la même manière qu'une convention ratifiée, car le suivi et éventuellement le contrôle de la mise en œuvre des normes communautaires ne sont pas du ressort de l'OIT. Cependant, le Bureau tient compte du fait que les Etats membres ont tendance à lui demander

cops/french/download/f000011.pdf), ainsi que de nombreuses questions relatives à la sécurité et la santé des travailleurs (voir <http://www.ilo.org/public/english/protection/safework/cops/french/index.htm>).

¹⁹ Au cours des dernières années le Bureau a dû faire souvent référence à l'*acquis communautaire* pour donner des avis aux Etats candidats à l'Union européenne, ce qui est normal, mais il l'a également fait à l'occasion d'avis donnés à des pays non candidats lorsque ces derniers lui en ont fait la demande, comme c'est fut le cas par exemple de l'Ukraine en 2003 ou la République de Serbie (Serbie et Monténégro) en 2004.

une assistance technique visant à évaluer et le cas échéant à développer ou à réviser leur législation du travail en général, et non seulement un avis de conformité avec une ou plusieurs conventions ratifiées ou des conventions dont la ratification est envisagée. Si le Bureau se bornait à donner aux Membres un avis circonscrit dans le cadre des normes de l'OIT uniquement, ces derniers pourraient lui reprocher, peut-être à juste titre, de ne pas leur fournir un service de qualité, car très limité. C'est pourquoi, sauf lorsqu'un Membre demande au Bureau de lui donner un avis strictement limité à la conformité des textes nationaux avec les conventions ratifiées, le Bureau entend qu'il est de son devoir d'élargir sa propre base de références juridiques afin d'y intégrer des normes venant de souches différentes en vue de fournir les services que les membres de l'OIT sont en droit d'attendre du Bureau.

VI. Les méthodes de travail

Quel peut être l'impact pratique des avis donnés par le Bureau dans le droit du travail des pays qui lui demandent une assistance technique? Lorsque le Bureau fournit un avis sur la législation du travail d'un Membre, et en particulier lorsqu'il est accompagné de propositions législatives, il espère que cet avis sera suivi d'effet sous la forme de l'adoption de lois ou d'autres normes juridiques appropriées selon les propositions faites par le Bureau. Or, le Bureau est conscient que tout avis qu'il fournit à un Membre, et plus en particulier lorsque cet avis est accompagné de propositions législatives, doit être lui-même compatible non seulement avec le système juridique du Membre en question mais aussi avec l'environnement général de ce système. En d'autres termes, l'avis du Bureau doit être en harmonie avec les propres traditions juridiques du pays, mais aussi avec son système social, son économie et plus en général ses valeurs et traditions. A défaut il y a de bonnes raisons pour croire que soit l'avis du Bureau sera poliment rejeté, soit qu'il aboutira à l'adoption de règles juridiques qui seront mal appliquées voire pas appliquées du tout.

A vrai dire le problème n'est pas propre au droit du travail. Depuis la plus profonde antiquité jusqu'à nos jours ils ont été extrêmement rares les systèmes de droit qui ne se soient pas formés, puis développés en puisant à la fois dans des sources indigènes et allogènes. Le travail du Bureau consiste à offrir aux membres de l'OIT un avis qui est essentiellement basé sur des sources allogènes, à savoir le droit international et comparé du travail, dont la réception par le droit national n'est jamais assurée par avance. Ce que le Bureau propose aux membres de l'OIT est pour ainsi dire une *greffe juridique*, qui comme toute greffe peut être soit assimilée soit rejetée par le système juridique du membre en question. Si l'avis

donné par le Bureau n'est pas sensible aux réalités de chaque Membre il y a de fortes chances pour que ce dernier n'en tienne pas compte. Peut-être plus grave encore, si les propositions du Bureau sont suivies par l'adoption d'une loi le risque est très fort que cette loi soit mal appliquée voire pas appliquée du tout.

Il s'ensuit que le Bureau ne doit pas chercher à proposer une loi «parfaite» aux membres, à supposer que des lois «parfaites» puissent exister, mais plutôt à offrir des propositions législatives dont la mise en œuvre soit réaliste compte tenu du contexte de chaque pays. Aussi le travail du Bureau consiste-il en trouver le meilleur compromis possible entre le droit national et le droit international ou comparé, et avant tout et surtout à proposer des textes qui puissent être aisément compris et, le cas échéant, appliqués par leurs destinataires. Très souvent ceci aboutit à ce que les propositions du Bureau se situent très nettement en deçà de ce qu'en matière de réglementation du travail ou des rapports collectifs de travail ont fait ou sont en train de faire les pays les plus avancés. Parfois, les mêmes propositions se situent même en deçà de ce que les organes de contrôle souhaiteraient pour un pays qui a ratifié ou envisage de ratifier une convention de l'OIT. Le but du Bureau n'est pas de proposer la meilleure législation possible en termes absolus, mais plus simplement celle qui semble être la plus appropriée pour les Membres compte tenu des circonstances propres à chacun.

1. Les commentaires du Bureau

La méthode qui a les faveurs du Bureau est sans conteste la soumission d'avis sous la forme de *commentaires* à des projets de loi préparés sur place par des spécialistes locaux. Cette méthode permet de mettre en rapport la pensée juridique locale avec le droit international et comparé du travail, qui est apporté par les commentaires du Bureau. D'un côté la pensée des spécialistes locaux est une pensée qui s'est formée à la lumière de l'environnement historique, économique, social et culturel du Membre, et elle reflète les réalités du pays où la loi va s'appliquer. De l'autre côté, la pensée du Bureau apporte des éléments de réflexion venant de l'expérience internationale et comparée. Il faut considérer ces deux pensées comme complémentaires et aucunement comme des pensées antagonistes. La synergie entre les deux courants étant plus que souhaitable les commentaires du Bureau ne doivent pas chercher à imposer les vues de l'OIT ni encore moins à critiquer les textes préparés dans les pays. Bien au contraire, ils doivent chercher à offrir au gouvernement du Membre ainsi qu'aux partenaires sociaux une perspective qu'on pourrait qualifier comme «différente» mais non comme «meilleure» si on la compare avec la manière dont ce dernier a l'intention d'aborder telle ou telle question concernant la réglementation du travail.

A l'occasion de ces commentaires le Bureau formule en général des propositions de textes légaux qu'il soumet à l'attention du membre. Lorsque ces textes concernent la mise en œuvre de conventions ratifiées, le Bureau espère, bien entendu, que le gouvernement se rangera à son avis et suivra ses propositions. En revanche, pour ce qui est des commentaires et des propositions de textes portant sur des questions où il n'existe pas d'obligation internationale du membre, les textes du Bureau cherchent avant tout à stimuler le débat national. C'est pourquoi le Bureau ne manque jamais d'insister sur le fait que ses commentaires et éventuellement ses propositions n'ont qu'une nature technique. Il appartient exclusivement au membre de juger des mérites des propositions du Bureau et le cas échéant s'en servir ou non. Un tel jugement est souvent le résultat de considérations d'opportunité et parfois d'enjeux politiques qui relèvent d'un domaine se situant bien au-delà de la compétence de l'OIT. Ajoutons que très fréquemment les propositions du Bureau sont suivies en partie, et beaucoup plus rarement elles le sont dans leur totalité.

Le pas suivant consiste en l'envoi d'un fonctionnaire du Bureau sur place en vue de présenter les commentaires et propositions du Bureau et les discuter avec les interlocuteurs nationaux, ce qui selon l'état d'avancement du projet de loi peu aussi impliquer des discussions avec les commissions d'affaires sociales et du travail des organes législatifs. De telles consultations permettent souvent de mieux *faire passer le message* du Bureau, bien qu'à l'occasion elles sont aussi utiles pour que le Bureau, à la lumière des explications qui lui sont données sur place révisé ou même retire des commentaires voire des propositions qu'il a faites, jugeant que celles-ci ne sont pas aussi pertinentes qu'elles ne le paraissent depuis Genève, ce qui par ailleurs arrive de temps en temps. Encore une fois, ce que le Bureau cherche avant tout est de se rendre utile aux membres, et c'est dans ces conditions qu'il ne doit pas hésiter à retirer des propositions dont la mise en œuvre risquerait de se heurter à trop de difficultés ou encore plus sérieux, d'aboutir à des lois surréalistes, plus appropriées à faire plaisir aux experts internationaux qu'à rendre service à leurs vrais destinataires.

Bien que très souhaitable en général, l'envoi d'un fonctionnaire sur place n'est cependant entrepris que lorsque le Membre en fait expressément la demande; ceci dépend de considérations politiques qui, il va sans dire, ne sont pas du ressort du Bureau. Une partie seulement des avis donnés depuis Genève sont suivis de missions sur place, alors que d'autres ne le sont pas.

2. *La rédaction de textes sur place par des consultants extérieurs au Bureau*

Une autre modalité de travail peut consister en l'envoi de consultants extérieurs au Bureau, en vue de préparer un texte en consultation avec une contrepartie nationale. Dans ce cas, la responsabilité de préparer les textes légaux demandés par le gouvernement, en vue de leur soumission à ce dernier, incombe en général au consultant. Cette façon de travailler peut s'avérer fort utile dans le cas où il existe très peu d'expertise locale disponible, ou lorsque celle-ci existe mais les experts locaux sont contestés pour des motifs de politique interne, ce qui rend souhaitable l'élaboration de textes légaux par des experts étrangers, censés être indépendants car non concernés par la politique locale.

Le Bureau a très souvent fait appel à des consultants extérieurs dans les années soixante et soixante-dix, notamment en Afrique, mais cette modalité de travail est de moins en moins utilisée car ils sont aujourd'hui assez rares les pays qui ne disposent pas d'expertise sur place. Par ailleurs l'assistance par des consultants extérieurs tend à être coûteuse et peut se heurter à de nombreuses difficultés pratiques. Notamment elle demande une présence sur place d'une durée relativement longue, ce qui est rarement possible si le consultant est lui-même un professionnel d'une grande renommée dont l'emploi du temps est pour le moins serré. Signalons à ce propos que les consultants extérieurs du Bureau pour des missions d'assistance en législation du travail sont en général des professeurs de droit du travail dont la disponibilité est presque toujours limitée par la date et la durée des congés universitaires, ce qui rend de telles missions assez difficiles à organiser. En effet, les consultants tendent à être disponibles pour des dates non souhaitables pour les gouvernements et ces derniers tendent à souhaiter recevoir des missions pour des dates ne convenant pas aux premiers.

Une autre difficulté peut tenir au fait que les consultants extérieurs au Bureau, malgré leur haute compétence professionnelle n'ont pas nécessairement une connaissance approfondie du système normatif de l'OIT, ou encore ils peuvent avoir des vues qui ne sont pas toujours celles du Bureau. Or, vis-à-vis des Etats membres, le Bureau se doit d'avoir une certaine unité de pensée. Bien entendu le Bureau n'adresse pas toujours les mêmes propositions à tous les pays car il doit tenir compte du cadre juridique ainsi que du contexte économique, politique et social de chaque Membre. Il n'en demeure pas moins que les propositions du Bureau suivent toujours une même logique, de telle sorte qu'elles répondent à ce qu'on pourrait qualifier comme *l'appellation BIT contrôlée*. Il en résulte que le Bureau ne peut qu'exercer une sorte de contrôle sur le travail du consultant, qui peut même aller jusqu'au devoir de le réviser lorsqu'il existe un écart trop important entre les critères du consultant et ceux du Bureau, ce que le premier peut avoir du mal à accepter.

Cependant, la difficulté la plus importante tient au fait que le consultant extérieur, une fois que son travail a été accompli quitte le pays et laisse derrière lui

un texte à l'avenir incertain. Si le consultant a travaillé dans l'isolement, ou il n'a pu établir de bonnes relations de travail avec ses interlocuteurs nationaux, il y a de bonnes raisons pour craindre que son travail sera vite oublié faute d'avoir compté sur place avec des personnes intéressées à poursuivre la tâche après son départ. Or ceci risque fort d'arriver lorsque les interlocuteurs locaux ont le sentiment que le texte préparé par le consultant n'est pas un texte qui leur appartient et auquel ils peuvent s'identifier. Intraduisible en français, l'expression anglaise *ownership* est un terme qui traduit ce que le Bureau doit chercher à promouvoir lorsqu'il fournit une assistance en législation du travail à un Etat Membre: faire en sorte que le texte du Bureau devienne un texte ressenti comme propre par le pays que le Bureau a servi.

3. *La qualité de la contrepartie nationale*

Cela étant dit, le Bureau a tout de même eu quelques bonnes expériences de collaboration entre les consultants envoyés sur place et les interlocuteurs nationaux, dont le résultat a été reflété dans des projets de loi qui aboutissent. Presque invariablement ceci a été le produit d'une *bonne chimie* qui s'est établie entre le consultant et sa contrepartie nationale, d'où l'importance, d'une part de savoir choisir un consultant extérieur doté de bonnes capacités de communication en plus de ses connaissances du droit du travail, et d'autre part de pouvoir s'assurer les services de quelqu'un ayant une bonne implantation sur place. S'il n'existe pas un profil précis pour ce dernier une préférence devrait aller vers des fonctionnaires du Ministère du travail local ayant une bonne connaissance du terrain, ce qui est, par exemple, le cas des inspecteurs du travail. Si ces derniers ne possèdent pas toujours des qualifications leur permettant de rédiger des textes d'une certaine sophistication juridique ils ont en revanche un bon sens des réalités et un bon jugement, hautement indispensables pour orienter le travail du consultant. La mise en commun de la compétence technique de ce dernier avec les connaissances pratiques des inspecteurs du travail peut donner une combinaison de qualifications susceptible d'établir cette *bonne chimie* que nous venons d'évoquer et qui est indispensable pour la suite des opérations une fois que le travail essentiellement technique du consultant a été complété.

4. *La consultation tripartite*

Il est important de revenir, une nouvelle fois, sur la consultation tripartite que le Bureau doit engager à l'occasion des missions sur place. Loin d'être une formalité, cette consultation est à la fois une obligation pour le Bureau et

une bonne occasion pour que ses propositions soient confrontées avec ce qu'on pourrait appeler le *test de la réalité*. Même si le résultat des consultations n'engage pas le Bureau, ou qu'il soit parfois décevant quant à son contenu, ce n'est que lorsque ces consultations ont lieu que le Bureau peut se former une idée de la perception que le gouvernement de l'Etat Membre mais aussi les partenaires sociaux ont des réformes envisagées.

Pour autant que ce soit possible, les consultations se tiennent en deux ou trois phases. Au cours de la première phase le Bureau présente son avis au gouvernement uniquement, et reçoit les premières réactions de ce dernier. Par la suite le Bureau rencontre les représentants du gouvernement et des partenaires sociaux en séance tripartite, et finalement il tient des réunions séparées et en principe privées avec les organisations d'employeurs et de travailleurs. Puis une dernière réunion a lieu avec les représentants gouvernementaux.

Cette procédure n'est toutefois pas immuable; selon le cas les consultations du Bureau sont élargies ou au contraire restreintes. Ainsi, le Bureau peut souhaiter rencontrer des agences internationales représentées sur place, des personnalités du monde académique ou d'autres personnalités bénéficiant de beaucoup de prestige au niveau local. Des contacts avec des ONG peuvent aussi s'avérer fort utiles. D'autre part, lorsqu'un projet de loi a déjà été soumis ou est sur le point d'être soumis au Parlement, le Bureau est souvent invité à rencontrer des membres de ce dernier.

VII. Quelques exemples récents

1. *El Salvador, 1993*

L'assistance en législation du travail que le Bureau a fourni en El Salvador s'insère dans la cadre de la pacification du pays engagée à partir des accords de Chapultepec, de janvier 1992, qui ont mis fin à plus d'une décennie de guerre civile. Parmi les différents instruments ou structures alors mis en œuvre pour organiser le retour à la normalité civile sous la supervision d'une mission des Nations Unies, l'ONUSAL, il fut accordé la constitution d'un Forum de concertation économique et sociale, où pour la première fois les organisations d'employeurs et de travailleurs se sont rencontrées et peu à peu ont commencé à s'accepter réciproquement alors que pendant les années de la guerre civile elles s'étaient le plus souvent alignées sur les positions les plus extrêmes des factions combattantes. C'est dans cette atmosphère que la réforme du Code du travail est vite devenue un enjeu capital pour rendre crédible le dialogue social qui s'amorçait. Très protecteur du travailleur individuel, le Code alors en vigueur,

qui datait de 1972, rendait extrêmement difficile la constitution de syndicats, et encore plus difficile l'exercice du droit de négociation collective et de grève. Pour ce qui est des travailleurs ruraux, le Code se bornait à préciser que l'exercice de leurs droits syndicaux devait faire l'objet d'une réglementation ad hoc, qui n'avait jamais été promulguée. Très méfiant à l'égard de l'OIT, El Salvador n'avait à l'époque ratifié que cinq conventions parmi lesquelles il n'y avait que la convention sur l'abolition du travail forcé, 1957 (n° 105) qui faisait partie des textes dits fondamentaux de l'OIT.

D'autre part, El Salvador était alors sous la menace de sanctions qui risquaient d'affecter ses relations commerciales avec les Etats-Unis, pour une partie tributaires du maintien du pays dans le Système généralisé de préférences (SGP) institué en vertu de la loi américaine sur le commerce extérieur. Entre autres dispositions, le SGP contient une *clause sociale* qui lie les exemptions de droits de douane dont profitent certaines exportations vers les Etats-Unis à l'obligation des pays exportateurs de prendre des mesures en vue d'assurer le respect des droits reconnus aux travailleurs par les normes internationales (*internationally recognized workers' rights* dans le texte américain). Ayant fait l'objet de plaintes pour manquement à cette obligation, El Salvador avait été mis en demeure de réviser son Code du travail afin de le rapprocher des normes et principes de l'OIT, en particulier en matière de droits collectifs des travailleurs sous peine de perdre les bénéfices du SGP. C'est dans cette atmosphère pour le moins raréfiée que pour la première fois le gouvernement a décidé d'ouvrir un dialogue avec le Bureau, qui a été invité à fournir un avis sur le Code du travail, puis à formuler des propositions de réforme de ce dernier en vue de leur soumission au Forum de consultation économique et sociale.

L'avis du Bureau a été soumis en deux parties, respectivement en mai et en juin 1993, puis une mission en El Salvador a eu lieu en octobre de la même année, au cours de laquelle le représentant du Bureau a soumis au Forum de concertation économique et sociale, sur la demande de ce dernier, des propositions d'amendement du Code du travail. Un certain nombre d'accords ont été immédiatement dégagés dans le Forum, parmi lesquels il faut citer l'abrogation des règles qui empêchaient la syndicalisation de travailleurs ruraux ainsi que la mise à niveau du Code pour permettre la ratification des conventions sur le travail forcé, 1930 (n° 29), la discrimination (emploi et profession), 1958 (n° 111) et l'âge minimum, 1973 (n° 138). En revanche il n'y a pas eu d'accord sur d'autres matières, notamment la structure syndicale et l'exercice du droit de grève, où, comme il fallait s'y attendre, les positions des partenaires sociaux se sont radicalisées. Toujours sous la menace de sanctions commerciales le gouvernement a dû finalement trancher, et il présenta au Parlement son propre projet de loi que ce dernier approuva en avril 1994. Une très large partie des propositions du Bureau furent alors entérinées, dont beaucoup suivent de près la doctrine des organes de contrôle bien qu'il existe encore un certain nombre de ques-

tions à propos desquelles le Comité de la liberté syndicale attend toujours des progrès.²⁰ Parmi les nouvelles dispositions citons celles qui protègent les fondateurs d'un syndicat contre le licenciement pendant la phase de constitution du syndicat, ou qui déterminent qu'un syndicat est considéré comme légalement constitué si l'autorité fait traîner sans raison pendant plus de trente jours la demande d'inscription au registre syndical, ou qui réduisent les majorités requises pour que les assemblées syndicales puissent déclarer une grève, ou enfin, qui établissent que l'on présume la légalité d'une grève tant que son illégalité n'ait pas été déclarée par décision de justice. Cette dernière disposition est presque une exception en Amérique latine ou trop fréquemment le cadre juridique de la grève rend presque impossible le déclenchement d'une grève légale. Signalons pour conclure qu'à la suite de cette assistance un dialogue plutôt fructueux s'est développé entre le Bureau et le gouvernement et les partenaires sociaux en El Salvador, et que ce dernier pays a depuis ratifié 21 autres conventions de l'OIT.

2. Cambodge, 1994 et 2001

Le Cambodge avait promulgué un Code du travail en 1972 très largement inspiré du système français,²¹ alors que le pays était en proie à la guerre civile et tomba peu de temps après sous l'emprise de la dictature des khmers rouges (1975-1979); puis il fut occupé par les vietnamiens (1979-1989) et enfin mis sous l'administration intérimaire de l'ONU (l'UNAMIC, puis l'UNTAC) jusqu'à la tenue d'élections démocratiques en 1993, qui ont remis le pays dans les voies d'une vie institutionnelle normale. Resté lettre morte pendant les années de régime khmer rouge et d'occupation vietnamienne, une nouvelle mouture du Code du travail de 1972 a vu le jour en 1992, encore sous l'égide d'une administration intérimaire; puis le gouvernement issu des élections de 1993 a demandé une mission du Bureau en vue de la préparation d'un nouveau Code en 1994.

La mission a eu lieu en début du mois de mai 1994, pendant laquelle le spécialiste envoyé par le Bureau a pu bénéficier de l'expérience précieuse de deux fonctionnaires de l'ancienne administration qui avaient presque miraculeusement survécu à la dictature des khmers rouges. Rejetant d'emblée l'idée de faire un

²⁰ Le El Salvador n'ayant toujours pas ratifié les conventions n^{os} 87 et 98, l'avis de la Commission d'experts sur la conformité du Code du travail avec celles-ci n'a pu être émis. Le texte en espagnol du Code du travail avec toutes les réformes intervenues jusqu'en 1995 peut être consulté dans la base de données NATLEX à l'adresse <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/49592/65113/S95SLV01.htm>

²¹ En l'espèce la source du Code du Cambodge de 1972 est sans nul doute le Code du travail de France (Outre-Mer) de 1952, que la France avait adopté à l'intention de ses colonies d'alors. Bien que le Code d'Outre-Mer n'ait pas été appliqué au Cambodge il y a peu de doutes que les juristes qui ont rédigé le Code du travail de ce dernier pays s'en sont très largement inspirés.

nouveau Code du travail, l'assistance fournie par le Bureau a pris comme base les codes de 1972 et de 1992, qui étaient à vrai dire des textes très solides et complets, et faisaient partie de la culture juridique du pays, pour l'essentiel de souche française. L'assistance du Bureau a consisté en la préparation de projets d'amendements au Code de 1992, qui ont été soumis sous la forme de quatre documents de travail. Le premier document, portant sur les règles générales d'application du Code et les droits individuels, a été centré sur onze questions qui de l'avis partagé par le spécialiste du Bureau et les fonctionnaires nationaux avaient besoin d'être reformulées. Il s'agissait du champ d'application du Code, la prohibition de toute forme de discrimination allant à l'encontre de la Convention n° 111, la liberté de travail du travailleur et d'embauche de l'employeur, l'allègement du contrôle administratif lors de l'ouverture d'entreprises, le règlement intérieur de travail et la discipline interne de l'entreprise, le tâcheronnat, le contrat de travail à durée déterminée, la suspension et la cessation de la relation de travail, les conventions collectives, le salaire minimum garanti et la protection du salaire et le travail des mineurs. L'immense majorité des propositions du Bureau ont été acceptées par le gouvernement du Cambodge.

Le deuxième document de travail portait sur la liberté syndicale et l'exercice des droits syndicaux, questions qui, en quelque sorte, avaient été mises de côté dans le Code de 1992 qui ne se référait que vaguement au droit de constituer «des associations d'employeurs et des travailleurs». Les propositions du Bureau précisait clairement qu'il s'agissait bien de syndicats et formulaient des règles en vue d'en faciliter la constitution ainsi que pour organiser la représentation des travailleurs au niveau de l'entreprise. Très largement inspirées de la doctrine des organes de contrôle en matière de liberté syndicale c'est précisément sur cette question que les propositions du Bureau ont été le moins suivies par le gouvernement, bien qu'une bonne partie de celles-ci aient tout de même été retenues.

Le troisième document de travail proposait de rétablir, avec quelques aménagements techniques, la Commission consultative du travail, qui avait été créée par le Code de 1972 mais n'avait pas été reprise par celui de 1992. Le rôle de cette commission est d'offrir un cadre institutionnel à la consultation tripartite. Ces propositions, n'ont pas rencontré de problèmes et furent acceptées.

Enfin le quatrième document de travail proposait de rétablir l'ancien Chapitre XIV du Code du 1972, sur le règlement des conflits du travail, avec cependant d'importantes innovations en matière de droit de grève où les propositions du Bureau se sont très largement inspirées de la doctrine des organes de contrôle de l'OIT. Avec quelques changements minimes²² les propositions du Bureau furent aussi acceptées.

²² Par exemple la durée du préavis de grève proposée par le Bureau était de cinq jours ouvrables en général et dix jours lorsqu'une grève affecte un service essentiel alors que le nouveau Code a fixé sept jours et quinze jours ouvrables dans les deux cas, respectivement pour les grèves en général et dans les services essentiels.

Le pas suivant a consisté en la soumission, en juin 1994, d'un projet de Code du travail, sur la base des documents de la mission. Si le gouvernement a pris par la suite d'autres avis de sources distinctes du Bureau, et les soubresauts politiques ont assez retardé l'adoption du Code c'est finalement le texte du Bureau qui a été pour l'essentiel retenu en vue de l'élaboration du projet de loi que l'Assemblée nationale a voté en janvier 1997 et le Roi a promulgué en mars de la même année.

Il reste que le Code de 1997 a été élaboré sur la base de discussions techniques entre le Bureau et le gouvernement du Cambodge, mais en revanche il n'y a pas eu de consultations avec les partenaires sociaux, qui à l'époque n'étaient pas encore organisés dans le pays. Le mémorandum de couverture du projet de Code du travail, que le Bureau a soumis au gouvernement en 1994 attirait précisément l'attention sur cette question et soulignait que le Code devrait être rediscuté sur une base tripartite aussitôt que la représentation collective des employeurs et des travailleurs aurait été organisée dans le pays et la mise en œuvre du Code aurait déjà permis de dégager une expérience suffisante pour que son évaluation par ses destinataires puisse avoir lieu. Bien que cette évaluation n'ait toujours pas eu lieu il est devenu apparent au bout de quelques années que la représentation collective des travailleurs s'organisait dans la pratique autour de l'entreprise alors que le Code du travail avait prévu un système de représentation syndicale par des syndicats de branche professionnelle alors qu'au niveau de l'entreprise les travailleurs seraient représentés par des délégués élus. Il manquait donc un cadre juridique pour l'exercice des droits spécifiquement syndicaux au niveau de l'entreprise, et c'est en raison de la confiance que le gouvernement avait dans le Bureau que les services de ce dernier furent à nouveau demandés et une nouvelle mission a été reçue en juillet 2001. Cette fois-ci des consultations tripartites ont pu avoir lieu, et après avoir pris l'avis des uns et des autres le Bureau a formulé des propositions sous la forme de deux projets de décret. Par le premier de ces projets, qui s'est très largement inspiré des principes développés par le Comité de la liberté syndicale, des règles ont été formulées en vue de faciliter la constitution des syndicats au niveau de l'entreprise, déterminer leur représentativité aux fins de la négociation collective et organiser celle-ci. A son tour le second projet visait à développer les règles du Code du travail concernant le Conseil d'arbitrage, qui est un organe devant se saisir des conflits collectifs susceptibles d'aboutir à une grève. Très largement acceptées par le gouvernement du Cambodge, les propositions du Bureau ont par la suite été reprises par deux décrets (*prakas*) promulgués en novembre 2001.²³

²³ Le texte des deux décrets ainsi que le Code du travail, en khmer et en anglais, peuvent être consultés dans la page web du Conseil d'arbitrage: http://www.arbitrationcouncil.org/eng_arbitrationcouncil.htm La version française du Code du travail est disponible dans la base de données NATLEX: <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/46560/65066/F97KHM01.htm>

3. *Kosovo et Timor Leste, 2001*

Le rôle joué par le Bureau dans l'élaboration de législation du travail du Kosovo et de Timor Leste a en commun le fait que, dans les deux cas, la demande d'assistance en législation du travail n'a pas été adressée au Bureau par un Etat membre, sinon par l'administration intérimaire de l'ONU. En vue de s'acquitter des tâches qui leur avaient été confiées par le Conseil de sécurité cette dernière avait demandé la collaboration de toutes les organisations internationales qui lui sont rattachées par des accords d'organisations spécialisées.

3.1 La loi fondamentale sur le travail du Kosovo

Le territoire du Kosovo fait partie de l'ancienne Yougoslavie (aujourd'hui Serbie et Monténégro); suite à des exactions commises contre sa population albanaise (80 pour cent de la population totale en 1999, et 90 pour cent aujourd'hui), et à un conflit armé, le Kosovo a été placé sous l'administration de l'ONU en 1999 (UNMIK). En plus du secours humanitaire, l'UNMIK a été chargée d'organiser la remise en place des institutions politiques et juridiques ainsi que le transfert progressif de l'administration du Kosovo à une autorité élue par les kosovars en 2001. Le statut futur du Kosovo y compris sa personnalité internationale restent encore à régler mais il est clair en tout cas qu'au moment de la prise en main du Kosovo par l'ONU et à plus forte raison aujourd'hui, la législation du travail de l'ancienne Yougoslavie était devenue caduque. Non seulement elle était basée sur les conceptions autogestionnaires de l'ancien *titisme*, qui s'étaient effondrées avec la désintégration de la Yougoslavie mais aussi elle avait perdue toute légitimité aux yeux des Kosovars, car venant de ce qu'ils considèrent comme une occupation. C'est dans ces conditions que l'administration intérimaire de l'ONU a envisagé l'élaboration d'une loi portant sur le travail.

Deux conceptions se sont alors opposées. D'une part, il y avait un courant de pensée néolibérale qui considérait que toute réglementation tendant à protéger le travailleur était préjudiciable à l'économie et ne ferait que décourager les investissements. D'autre part, on considérait qu'il fallait avoir un cadre minimum de droits à garantir et de principes à respecter. Plusieurs projets de lois se sont alors succédés, qui reflétaient tantôt la pensée néolibérale, tantôt penchaient du côté protecteur du travailleur. Le Bureau a été alors invité à fournir un avis sous la forme de commentaires à ces projets.

Il en est résulté une loi fondamentale sur le travail (*Essential Labour Law*)²⁴ que l'UNMIK a promulguée en octobre 2001. Très compacte – elle ne

²⁴ Le texte de cette loi peut être consulté à l'adresse web suivante: <http://www.unmikonline.org/regulations/2001/reg27-01.pdf>

comporte que 28 dispositions dont les trois dernières sont formelles – cette loi offre un cadre minimum pour le travail salarié au Kosovo. Aussi, cherche-t-elle et avant tout à prendre la mesure d'une réalité où compte tenu à la fois des conditions économiques environnantes et des capacités pour le moins limitées des autorités publiques pour faire appliquer la loi, il faut aller à l'essentiel et laisser de côté, pour le moins du moment, ce qui l'est moins.

Comme elle le rappelle dans son Préambule la loi fondamentale s'inspire directement de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail. Elle contient tout d'abord des règles en matière de prohibition de la discrimination, âge minimum, prohibition du travail forcé, droit de se syndiquer et de négocier collectivement. Puis elle traite du contrat de travail et de la cessation de la relation de travail, l'égalité de rémunération, le salaire, la durée du travail, les congés payés, l'inspection du travail et les pénalités pour manquement à la législation. Il suffit d'une très rapide lecture de son texte pour apprécier que la loi s'inspire très largement des normes de l'OIT.²⁵

Ajoutons qu'à l'heure actuelle les autorités élues du Kosovo ont décidé de réviser cette loi et même de la remplacer par une loi entièrement nouvelle, tâche pour laquelle l'avis du Bureau a été demandé et fourni.

3.2 Le Code du travail du Timor Leste

Ancienne colonie portugaise, Timor Leste (Timor Oriental) fut abandonné par le Portugal en 1975 et peu de temps après annexé par l'Indonésie dont il devint la 27^e province. Suite à un referendum tenu en août 1999, où 80 pour cent des votants se sont prononcés pour l'indépendance, et après de troubles sanglants, le pays fut placé sous l'administration de l'ONU en octobre 1999. Comme dans le cas du Kosovo, l'administration onusienne (UNTAET) a eu comme mandat de fournir une aide humanitaire et réorganiser le pays en vue de transférer le pouvoir à un gouvernement, qui fut élu en août 2001. Timor Leste devint un état indépendant le 20 mai 2002; il est entré dans l'ONU en septembre 2002 et a adhéré à l'OIT en août 2003.

Parmi les tâches dont elle a dû se charger l'UNTAET a mis en chantier plusieurs lois dont le Code du travail, pour lequel il a compté avec l'appui

²⁵ Il faut noter que la situation du Kosovo vis-à-vis des conventions de l'OIT ratifiées par l'ex-Yougoslavie, puis acceptées par la Serbie-Monténégro (66 au total en novembre 2000, auxquelles sont venues s'ajouter deux nouvelles ratifications en 2003) n'est pas claire. Il est clair en revanche que le Kosovo n'ayant pas de statut international il ne peut faire l'objet des procédures de contrôle de l'application de conventions de l'OIT alors que, d'autre part, il serait absurde de mettre en cause les autorités fédérales de la Serbie-Monténégro en raison de la non application dans le Kosovo des conventions acceptées par celle-là. C'est donc un choix volontaire des normes de l'OIT comme référence pour la législation locale, et non une obligation découlant d'une ratification – impossible à l'heure actuelle – qui a déterminé le contenu de la loi fondamentale sur le travail du Kosovo.

technique du Bureau. Après deux ans de consultations avec les employeurs, les travailleurs et différentes ONG, le Code est entré en vigueur le 1^{er} mai 2002. Plus étoffé que la loi fondamentale sur le travail du Kosovo, ce Code est tout de même un texte compact (46 articles bien que la plupart de ceux-ci comprennent de nombreux paragraphes). Le Code est divisé en 5 chapitres, qui traitent respectivement de définitions, l'emploi et l'administration du travail, les relations collectives, le licenciement et le salaire minimum. Bien que le Timor Leste n'ait à ce jour ratifié aucune convention de l'OIT, il suffit d'une lecture très rapide pour retrouver dans ce code des normes de l'OIT ou des principes développés par les organes de contrôle dans des matières telles que l'âge minimum, la durée du travail, la protection de la maternité, le salaire minimum, la protection du salaire, le licenciement, ou encore en matière de liberté syndicale et de négociation collective.

VIII. En guise de conclusion: les défis à l'heure actuelle

A chaque époque les services consultatifs du Bureau en matière de législation du travail ont dû répondre à des défis différents. Ceux d'aujourd'hui sont très variés. Tantôt, comme au Kosovo ou au Timor Leste, il s'agit de mettre en place un cadre législatif minimum pour protéger le travailleurs mais aussi pour organiser les rapports collectifs entre employeurs et travailleurs. Tantôt, comme dans les nouveaux membres de l'UE ou les pays candidats, le défi consiste à les aider à rapprocher leur législation du travail et leur pratiques des relations professionnelles des modèles prédominants en Europe occidentale. Tantôt, comme dans le cas de nombreux pays de la CIS ou l'ancienne Yougoslavie, l'assistance législative du Bureau vise à les aider à se débarrasser des réminiscences de l'ancien régime, encore présentes dans beaucoup de lois, et à adopter une législation en harmonie avec une économie de marché qui n'est pas encore entièrement implantée. Ailleurs le défi peut consister à améliorer la législation du travail en vue de la remettre au goût du jour.

Un peu partout le défi consiste aussi à chercher des réponses aux problèmes posés par un monde où l'évolution technologique mais aussi les changements organisationnels des entreprises ainsi que les relations économiques internationales connaissent une mutation que le droit en général et le droit du travail en particulier ont du mal à suivre. Des changements se manifestent également du côté des idéologies, avec le retour en force de la pensée néolibérale, épousée par un nombre croissant de décideurs politiques, qui semble vouloir nous rapprocher plus du XIX^e siècle que de replacer nos problèmes dans le cadre du XXI^e siècle. C'est ainsi que des questions qui semblaient définitivement

tranchées comme «qui est un travailleur?» et même «à quoi sert le droit du travail?» reviennent à la mode. Il en résulte un autre défi, qui est ni plus ni moins que la remise en cause de l'ensemble de la protection sociale.

Comme cela a été défini par la Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation, puis par le rapport soumis par le Directeur général du BIT à la 92^e session de la Conférence, le rôle de l'OIT est d'œuvrer pour une mondialisation juste.²⁶ Confirmé par la Conférence lors de ses débats de 2004, celui-ci est un cadre politique dans lequel le rôle de la législation du travail est de contribuer à un fonctionnement efficace des marchés du travail tout en respectant les droits fondamentaux des travailleurs. Plus que jamais nécessaires et légitimes, les normes de l'OIT, si besoin est révisées et réadaptées aux changements environnants ne font que se prêter fort bien à cette tâche.

²⁶ Voir *Une mondialisation juste. Le rôle de l'OIT – Rapport du Directeur général sur la Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation*, Conférence internationale du Travail, 92^e session, 2004.

The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence, and practical implications

Constance Thomas,* *Martin Oelz*** and *Xavier Beaudonnet****

I. Introduction

The present article follows-up on Nicolas Valticos' dedication to promote universal human rights through the application of international labour standards by focusing on the role and use of international labour standards in domestic courts and tribunals.¹ In fact, Valticos, on several occasions, reflected on the relationship of international labour law and domestic law and the role of courts and judges *vis-à-vis* international labour standards.² This remains an area of continuing relevance to the international labour standards system.³ The ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations regularly considers national jurisprudence relevant to international labour standards in the context of its monitoring role of ratified conventions. The Committee of Experts has also consistently emphasized the importance of

* Equality and Employment Branch, International Labour Standards Department.

** Equality and Employment Branch, International Labour Standards Department.

*** ILO International Training Centre, Turin.

¹ See, for instance, Nicolas Valticos, "International labour standards and human rights: Approaching the year 2000", *International Labour Review*, vol. 137, 1998, pp. 135-147, and "Les normes de l'OIT en matière de protection des droits de l'homme", *Revue des droits de l'homme*, vol. 4, 1971, pp. 691-771.

² See Nicolas Valticos, «Droit international du travail et droit interne français», *Travaux du Comité français de droit international privé, 1973-75*, 1977, pp. 11-37; "Les conventions internationales du travail devant le juge français", *Revue critique de droit international privé*, vol. 53, 1964, pp. 41-72; "Monisme ou dualisme?: les rapports des traités et de la loi en Grèce (spécialement à propos des conventions internationales du travail)", *Revue hellénique de droit international*, 1959, pp. 203-235; "Les effets des conventions internationales du travail en Suisse" in *Mémoires de la Faculté de droit de l'Université de Genève*, 1976, pp. 327-345; "Conventions internationales du travail et droit interne", *Revue critique de droit international privé*, vol. 44, 1955, pp. 251-288.

³ See Constance Thomas, "International Labour Standards of Particular Relevance to Women Workers: Application in the Caribbean" in Kristine Adams and Andrew Byrnes (eds.), *Gender Equality and the Judiciary: Using International Human Rights Standards to Promote the Human Rights of Women and the Girl-Child at the National Level*, 1999.

courts as a means to enforce international labour standards at the national level. It has also stressed the importance of taking measures to draw to the attention of persons applying the law at the national level, including judges and labour inspectors, the standards laid down in international labour Conventions.⁴

The International Labour Office and the ILO's International Training Centre in Turin have been stepping up their work with judges, tribunal panel members and other dispute settlement bodies. The Office and the Centre carry out regular training courses for judges and lawyers from all regions and develop training materials for this purpose.⁵ These efforts cover labour court judges, lay assessors, and judges in the general court system and human rights institutions dealing with labour matters. The aim of these seminars is to contribute to a better understanding and use of international labour standards by labour courts and other dispute settlement bodies competent for labour matters. They are based on the understanding that international labour standards and the work of judicial bodies at the national level are key to promoting and securing decent work for all. Beyond providing legal training, ILO programmes for judges also provided a forum for judges to interact, exchange information and experiences, and establish networks. In addition, they aimed at raising awareness among judges about cross-cutting issues and trends of importance to the overall promotion and protection of human rights, such as labour relations, gender issues and HIV/AIDS. Some awareness is crucial in order to strengthen the role of judges in mobilizing social change.

⁴ See, for instance, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 47th Session, 1963, *Report III (Part IV)*, p. 11.

⁵ Centre international de formation de l'Organisation internationale du Travail, *Utilisation du droit international par les juridictions nationales*, 2004; ILO Equality and Employment Branch, *Case Law References on the Use of International Instruments and Equality Issues* (Document Collection for the Training of Labour Court Judges), 2003; Jane Hodges-Aeberhardt, *An outline of recent developments concerning issues in employment for labour court judges and assessors*, 1997. A Guide for labour court judges and magistrates on HIV/AIDS in the world of work is currently under preparation. Recent training sessions for judges on international labour standards were held in Kamala, Uganda (May 2001); Manila, Philippines, (Sept. 2003); Damascus, Syria (Oct. 2003) and Port-of-Spain, Trinidad and Tobago (June 2004). A cooperation agreement was signed between the ILO's International Training Centre and the Institut supérieur de la magistrature in Morocco in order to include international labour standards into the curriculum of the school on a permanent basis. As a result, each year, all future Moroccan judges are specifically trained on the use of international labour law. A similar initiative is being developed in Madagascar. Since 1984 the ILO has also provided technical support for the organization of Meetings of European Labour Court Judges and of Ibero-American Labour Judges which discuss both procedural and substantive issues, including human rights questions. The XIth Meeting of European Labour Court Judges was held in Florence in October 2003 while the Second Meeting of Ibero-American Labour Judges was held in Montevideo in September 2003. The proceedings of the Fifth Meeting of European Labour Court Judges which focused on the domestic use of international and European labour Standards were published by Arturo Bronstein and Constance Thomas (eds.), *European Labour Courts: International and European labour standards in labour court decisions, and jurisprudence on sex discrimination*, 1995.

Looking beyond the ILO, one can observe a general proliferation of international efforts to reinforce the role of courts to promote and ensure the application of international human rights instruments. The broader human rights community, including judges themselves, have also paid considerable attention to promoting the use of international instruments through training, advocacy and research. The Commonwealth Secretariat has been playing a leading role in this regard, organizing a series of colloquia for high-level judges to promote the domestic application of international human rights norms.⁶ The first meeting in this series took place in Bangalore, India in 1988, from which a set of interpretative principles (“Bangalore Principles”) emerged which recognize that international instruments provide important guidance in cases concerning fundamental human rights and freedoms at the national level.⁷ The Bangalore Principles also emphasize that there is a growing tendency for national courts to have regard to these international norms for the purpose of deciding cases where the domestic law – whether constitutional, statute or common law – is uncertain or incomplete or leaves scope for reading international norms into it.

Within the United Nations, the role of judges as important actors in national systems for the promotion and protection of human rights is increasingly being highlighted. The States Parties to UN human rights treaties are requested to report to the UN treaty bodies on the status of these conventions in national law. The UN treaty bodies regularly consider the question of how these conventions are applied in national courts.⁸ On the occasion of the 10th anniversary of the Vienna World Conference on Human Rights, an international conference convened in Vienna in November 2003 adopted the Vienna Declaration on the Role of Judges in the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. This Declaration recognizes that equipping the judiciary with comprehensive awareness of international standards is vital and that the domestic justice system has an obligation to ensure the observance of the State’s international obligations.⁹ The text further states that a judiciary that is familiar with international norms and standards, including relevant case law, “can best articulate and activate the normative framework for the protection of human rights”.¹⁰ UN training activities in this

⁶ See Adams and Byrnes, *op. cit.*, *supra* note 3, containing the papers and statements from the Caribbean Regional Judicial Colloquium Secretariat organized by the Commonwealth in Georgetown Guyana in April 1997.

⁷ Text available at <http://www.thecommonwealth.org/Templates/Internal.asp?NodeID=36767>

⁸ See, for instance, the General Comment No. 9 adopted by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights at its Ninetieth Session (1988), UN doc. E/1999/22.

⁹ See Vienna Declaration on the Role of Judges in the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 24 November 2003 at http://www.bmaa.gv.at/view.php3?f_id=3300&LNG=en

¹⁰ *Ibid.*, para. 2.

regard include the judicial colloquia on the use of international human rights law in domestic courts organized by the Secretariat's Division on the Advancement of Women, which focus on the human rights of women.¹¹ UNICEF engages in training for judges on the Convention of the Rights of the Child. More generally, the Office of the UN High Commissioner for Human Rights is developing training materials and holding training sessions for judges on human rights standards.¹²

Increasing attention is also being paid by international donors to the role of the judiciary for economic and social development.¹³ While judicial reform has many facets, the need to train judges on the content and use of international labour and human rights instruments has also been recognized. For instance, the Inter-American Development Bank (IDB) financed a training session to familiarize judges with international human rights law and to train them to incorporate international law in their domestic decisions. This effort was part of the IDB's programme for judicial reform.¹⁴

International legal scholars have extensively dealt with the general theory concerning the relation of international law with domestic law, an issue that is as old as international law itself.¹⁵ However, domestic judicial practice with regard to the use of international instruments on labour and human rights issues has tremendously evolved in recent years. While this trend has been particularly examined in respect to international human rights law, especially regarding gender equality,¹⁶ this is less the case for international labour law. Leary's leading study in this field dates back to 1982 and specifically deals with countries following the monist theory of incorporation of international treaties.¹⁷ In the light of the increasing activities by international institutions focusing on the use of international labour and human rights instruments in domestic courts, it seems thus

¹¹ Most recently in Nassau, Bahamas (May 2004) and Arusha, Tanzania (Sept. 2003). The judges and magistrates participating in the Arusha meeting adopted the "Arusha Declaration of Commitments on the Role of the Domestic Judge on the Application of International Human Rights Law at the Domestic Level", available at <http://www.un.org/womenwatch/daw/meetings/Colloq/Communique-Arusha03.htm>.

¹² A training manual entitled "Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers" was issued in 2003.

¹³ See International Council on Human Rights, *Local perspectives: foreign aid to the justice sector*, June 2000.

¹⁴ See Monika Talwar and Tomas Ojea Quintana, "Training Judges to Incorporate International Law into Domestic Courts", *Human Rights Brief*, vol. 5, No. 1, 1997.

¹⁵ See, for instance, Ignaz Seidl-Hohenfeldern, "Transformation or Adoption of International Law into Municipal Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 12, 1963, p. 88.

¹⁶ See, for instance, Andrew Byrnes, "Using Gender Specific Human Rights Instruments in Domestic Litigation: The Convention on the Elimination of Discrimination against Women", in Adams and Byrnes, *op. cit.*, *supra* note 3, p. 51.

¹⁷ See Virginia Leary, *International Labour Conventions and National Law: the Effectiveness of the Automatic Incorporation in National Legal Systems*, 1982.

appropriate to revisit some of the underlying theoretical issues, paying special attention to recent labour-related jurisprudence.

Part II below situates international labour law in the broader framework of international public law, while Part III addresses major issues of theory that impact on the use of international labour instruments in national courts. It will be highlighted that states increasingly provide an explicit domestic legal framework inviting the use of international law in domestic fora. Part IV then reviews selected examples of recent jurisprudence, grouping them in three main forms of use of international labour standards: statute-like application; interpretation of national law; and as a source of inspiration when developing judicial principles. One of the points made is that the way in which international instruments are used is less pre-determined by the prevailing system of incorporation of international law than one might expect. It will also be shown that the use of international labour instruments in courts in both monist and dualist legal systems in all parts of the world has the potential of strengthening domestic judicial decision-making. Finally, a plea is made for further efforts to train judicial officials on the use and content of international labour instruments as a worthwhile investment to promote the application of international labour standards at the national level.

II. International labour law as part of public international law

When examining how judges in domestic judicial fora can use international labour standards, it is useful to recall the legal nature of these standards. International labour standards are contained in the Conventions and Recommendations adopted by the International Labour Conference. Conventions and Recommendations are drawn up and adopted through an international legal process and they contain international legal norms. While international labour Conventions are treaties in the sense of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which are binding upon ratifying Members of the ILO, international labour Recommendations are non-binding instruments addressed to all ILO Member States. Recommendations often further elaborate on the principles enunciated in Conventions.¹⁸ Conventions and Recommendations are both subject to mandatory submission to the competent national authority. The fact that the main source of international labour standards are treaties and

¹⁸ On the nature of ILO recommendations, see Francis Maupain, "International Labour Organization: Recommendations and Similar Instruments" in Dinah Shelton (ed.), *Commitment and compliance: The role of non-binding norms in the international legal system*, 2000, p. 372.

non-binding recommendations, does not exclude that some of these standards may also be binding upon States as international customary law or general principles of law.¹⁹

In addition to Conventions and Recommendations, the ILO has also adopted other international labour instruments, such as declarations, resolutions and codes of practice. Declarations adopted by the International Labour Conference have the same legal status as its resolutions, although they tend to be used to express matters of greater importance or principle.²⁰ Codes of practice are instruments elaborated by experts subsequently endorsed by the Governing Body.²¹

As a means to promote and ensure the proper application of its international labour standards, the ILO has established supervisory mechanisms. Most supervision takes place on the basis of regular reporting and dialogue with the ILO's supervisory bodies. The ILO receives between 1,500 and 2,000 government reports each year on the application of ratified Conventions. These reports supplied by governments are examined in the first instance by the Committee of Experts, which is composed of 20 independent persons. The Committee's comments take the form either of 'observations' contained in its printed report or of 'direct requests' addressed directly to the governments concerned.²² These comments may request further information, ask the Government to make changes, or comment on the measures adopted to give effect to a Convention. The Committee also prepares general surveys each year on one or several related Conventions and Recommendations. The reports of the Committee of Experts

¹⁹ See Article 38 (b) and (c) of the Statute of the International Court of Justice. This may be particularly the case of the fundamental principles and rights at work set out in the 1998 ILO Declaration. An examination of the extent to which international labour standards are part of customary law and general principles of law is beyond the scope of this contribution. While this contribution recognizes the importance of international customary law, it focuses on ILO Conventions and other international labour instruments. On the issue of international custom in the field of labour, see Madeleine Bullard, "Child labour prohibitions are universal, binding, and obligatory law: The evolving state of customary international law concerning the unempowered child labourer", *Houston Journal of International Law*, vol. 24, 2001, p. 124; Leslie Deak, "Customary international labour laws and their application in Hungary, Poland, and the Czech Republic", *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, vol. 2, 1994, p. 1; Yasmine Rassam, "Contemporary forms of slavery and the evolution of slavery and the slave trade under international customary law", *Virginia Journal of International Law*, vol. 39, 1999, p. 303.

²⁰ The two most prominent, examples, the 1944 Declaration of Philadelphia and the 1998 Declaration on Fundamental Rights and Principles at Work, are atypical in this regard, as the Declaration of Philadelphia is now part of the Constitution – a binding treaty, while the 1998 Declaration may be by form a non-binding instrument, but restates and consolidates constitutional principles that are binding upon all ILO Members.

²¹ See, for instance, the ILO Code of Practice on Managing Disability in the Workplace and the ILO Code of Practice on HIV/AIDS in the World of Work.

²² All the Committee's observations, as well as the rest of the supervisory material, are available in the database *ILOLEX*, on CD-ROM, or online at <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes>.

are submitted to the tripartite Committee on the Application of Conventions and Recommendations at each session of the International Labour Conference. This body discusses with the representatives of the governments concerned selected cases of important discrepancies noted by the Committee of Experts (approximately 20-25 cases a year). Governments appear before the Conference Committee, provide information, and reply to questions.

In addition to the above mentioned regular supervision, the ILO Constitution provides also for two distinct procedures for lodging complaints on an *ad hoc* basis in cases of alleged non-satisfactory observance of ratified conventions.²³ In the field of freedom of association a special machinery was set up by the ILO in 1950, in agreement with the Economic and Social Council of the United Nations, for examination of complaints by governments or by employers' or workers' organizations. Since the procedure draws its authority from the ILO Constitution, it may be invoked against States that have not ratified the freedom of association Conventions. The machinery comprises two bodies: *The Committee on Freedom of Association*²⁴ is a tripartite body of nine members appointed by the Governing Body from among its members and presided over by an independent person. It has dealt with some 2,000 cases on a wide range of issues. While generally basing itself on written submissions, it may in appropriate cases hear representatives of the parties. The *Fact-Finding and Conciliation Commission*, composed of independent persons, may undertake more extensive investigations, similar to a commission of inquiry under Article 26 of the ILO Constitution.

It should be recalled that States are legally bound to implement ratified international treaties, and this has also implications for the work of courts and tribunals. Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith (*pacta sunt servanda*).²⁵ Similarly, States are responsible to fulfil in good faith their obligations flowing from other sources of international law, such as customary law or general principles of law. In doing so States are – except as otherwise provided in a particular rule of international law – free to decide on what measures to take in order to comply with their obligations. The adoption of constitutional provisions, legislation or administrative rules and regulations are most commonly used. Under general international law, States are also free to decide on the way in which their national legal system incorporates international law. However, this freedom of choice does not diminish the nature and extent of international legal obligations and, in addition

²³ See Articles 24 and 26 of the ILO Constitution.

²⁴ See *Digest of Decisions of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 4th ed., 1996.

²⁵ See Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations Treaty Series, vol. 1155, p. 331. In addition to general international law, the ILO Constitution provides in Article 19(5)(d) that ratifying Members “will take such action as may be necessary to make effective the provisions of the Convention.”

to legislative compliance with international legal norms, the principle of *pacta sunt servanda* obliges States to effectively implement such obligations in practice. Non-compliance with international norms could thus not only occur through the promulgation of a domestic law which is in contradiction to an international convention, but also through acts or omissions of bodies and organs exercising public authority, including domestic courts and tribunals. No State can justify acts contrary to international obligations arguing that it was required to act under national law.²⁶ Judicial decisions are therefore an important means to ensure and strengthen state compliance with international law, while decisions by judicial bodies contrary to international obligations may lead to governments being held responsible at the international level for not honouring their commitments.

In the context of reporting on the application of ratified Conventions under Article 22 of the ILO Constitution, States are requested to state whether courts of law or other tribunals have given decisions involving questions of principle relating to the application of the Conventions and the Committee of Experts regularly receives and comments on such decisions.²⁷ Such comments may note that a specific court decision was in accordance with a particular Convention or contributed to a better application of a Convention. For instance, in its 2002 observation on the Equal Remuneration Convention, 1951 (No. 100) in respect of Austria, the Committee noted a High Court decision which obligated an employer to pay equal remuneration to men and women for work of equal value and stated that “this was in accordance with the Convention”. In other cases, the Committee may note that a specific ruling amounts to or reveals a violation of a Convention. In its most recent observations on Convention No. 98 regarding Costa Rica, the Committee of Experts dealt with rulings of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice, *inter alia* excluding certain categories of public employees from the possibility to conduct collective negotiations, and considered these rulings to be contrary to the guarantees contained in the Convention. In a 1997 observation addressed to Croatia, the Committee noted that a Supreme Court decision had acknowledged that laws could modify the substance of collective agreements and pointed out that such intervention on the part of public authorities in the implementation of collective agreements constitutes a violation of Article 4 of the Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98). In an observation made in 2002 on the application of the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111) by Turkey, the Committee analysed in detail a 1989 judgement of the Constitutional Court, which had confirmed the ban on wearing head-scarves as being constitutional, and noted that “the

²⁶ See Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

²⁷ The report forms for the purpose of reporting under Article 22 of the ILO Constitution are available at <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes>

current broad prohibition for students and civil servants from wearing head coverings may lead to situations incompatible with the principle of equality as envisaged by the Convention.”

In other cases, the Committee may take note of the fact that a judicial decision gives effect to its previous comments or to the recommendations formulated by other supervisory bodies such as the Committee on Freedom of Association. For instance, in its 2002 observation on the Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention, 1948 (No. 87) regarding Ethiopia, the Committee noted with interest from a Supreme Court judgment that a trade union leader – whose arrest had been a concern to the Committee on Freedom of Association – had been released.

III. International labour law and domestic law

1. *Treaties and custom*

1.1 Issues of incorporation

From an international law perspective, an examination of the use of international instruments by national courts and tribunals has to take the doctrine of incorporation as a starting point. This doctrine is, in principle, relevant to all sources of binding international law. However, it has been developed mainly with regard to international treaties, with the theories of dualism and monism commonly used to describe and justify the different ways domestic law receives international law.²⁸ While these theories are helpful in identifying the main issues regarding the incorporation of international law into domestic law, in reality the lines between dualist and monist systems in national constitutional law and practice are blurred and the various existing systems often show both monist and dualist traits. Further, in some countries, the status of international law in the domestic legal sphere is yet to be clarified. In order to identify the concrete conditions of incorporation of international law into domestic law in a given country, one has to examine constitutional texts as well as judicial practice. While a great number of national constitutions provide no or sparse guidance on this matter, modern constitution-making appears to favour the inclusion of explicit reference to the incorporation and/or status of international law. The

²⁸ See, for instance, Rosalyn Higgins, *Problems and process: International law and how we use it*, 1993; Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 1993, p. 179; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 1995, p. 32; Ignaz Seidl-Hohenfeldern, *Völkerrecht*, 1997, p. 118.

choices made by drafters of constitutions appear to be guided by practical or political rather than theoretical considerations.²⁹

Monist theory holds that international and municipal law are parts of a single legal order. Generally, treaties made in accordance with the constitution are part of the law of the land, or, in other words, they acquire the force of law upon ratification or at any other stage defined by national law, e.g. publication or the adoption of legislative act approving ratification. Monist systems are therefore being referred to as allowing for “automatic incorporation”.³⁰ Despite the fact that in monist systems ratified treaties acquire the force of domestic law, countries following this approach regularly legislate on the issues contained in treaties they have ratified, or ratify a particular treaty only when they consider that existing national legislation already gives effect to the provisions of the treaty in question. Often this need to legislate is due to the nature of the treaty provisions which may not be self-executing and therefore require additional action to be implemented. Other times this may be due to a preference for national drafting style.

The monist tradition is being followed in the majority of European countries as well as in Latin America, while the practice in Asia and Africa is varied. In several countries, the constitution declares duly made treaties to be an integral part of internal law, while in others the status of treaty law is established through judicial and administrative practice. For instance, under article 133 of the Constitution of Mexico, the “Constitution, the laws of the Congress of the Union that emanate therefrom, and all treaties that have been made and shall be made in accordance therewith by the President of the Republic, with the approval of the Senate, shall be the supreme law of the whole Union.” Article 148 of the Constitution of the Republic of Azerbaijan states that international treaties to which the Republic of Azerbaijan is a party are an “inalienable component of the legislation of the Republic of Azerbaijan”. Similarly, Article 144 of the Constitution of Namibia provides that international agreements binding upon the country are part of the law of the land. In Germany, a treaty which regulates the political relations of the Federation or relates to matters of federal legislation requires the consent or participation, in the form of a federal statute, of the bodies competent in any specific case for such federal legislation.³¹ This means that when the Federal Parliament adopts a law consenting to ratification and this law is being published, the treaty in question becomes part of the domestic legal order. In a recent report submitted

²⁹ For instance, a number of Eastern European constitutions elaborated after the collapse of the Soviet Union give international human rights treaties overriding force over national law as an expression of these countries’ commitment to respect fundamental human rights; see John H. Jackson, “Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis”, *American Journal of International Law*, vol. 86, 1992, p. 335.

³⁰ See Leary, *op. cit.*, *supra* note 17.

³¹ See Article 59(2) of the Basic Law of 1949.

under article 22 of the ILO Constitution, the Government of Cambodia stated that ratified Conventions have domestic legal effect, referring to section 90 of the Constitution, which merely states that the National Assembly shall adopt or repeal treaties.³² The Government of the Syrian Arab Republic has informed the UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination that “international conventions to which the Syrian Arab Republic accedes become an integral part of its domestic legislation and are binding on the judicial and other authorities in the State”.³³ Similarly, in Lebanon, a multilateral treaty becomes binding upon deposit of the instruments of ratification or accession and no further procedure is required for the incorporation of the treaty into domestic law.³⁴ In some countries, the Constitution contains explicit provisions on the incorporation of international labour law, for instance Article 53 of the Colombian Constitution which states that “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”.³⁵

According to dualist theory, the national and international legal orders are two distinct spheres of law, each functioning according to its own rules and conditions. A treaty establishes inter-state obligations addressed to the organs of the state, but not to individuals. In dualist systems “statutory incorporation” is therefore mandatory for an international treaty to acquire the force of law in the country. Given that modern international law, and particularly international human rights and labour law, deals with matters that formerly belonged to the *domaine réservé* of sovereign states and aims at improving the situation of individuals, the very basis of dualism has, in fact, been eroded. A more practical and still valid justification for dualism seems to be that in such systems treaty-making is generally a power of the executive branch of government and that by requiring statutory incorporation the legislature is empowered to exercise its prerogatives.³⁶ Normally, under dualist theory, the determination whether a provision in a treaty is self-executing or not is less important since an enacting law is required in either case.

³² Report submitted by the Government of Cambodia under Article 22 of the Constitution of the ILO in respect to the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111). For the text of the Constitution of Cambodia, see http://www.cambodian-parliament.org/english/Constitution_files/constitution.htm

³³ See CERD/C/338/Add.1/Rev.1 (Oct. 1998), para. 8. Similarly, in Jordan, international treaties duly ratified and published in the Official Gazette acquire the force of law. See report of Jordan under the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women, CEDAW/C/JOR/2 (Oct. 1999), para. 2.

³⁴ See CERD/C/475/Add.1 (Feb. 2004).

³⁵ See Constitución Política de Colombia, text available at <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Colombia/col91.html>

³⁶ In comparison, “automatic incorporation” in monist systems appears justified from a perspective of democratic principles as the legislature is involved in one way or another in the process of ratification.

The United Kingdom and the Commonwealth countries, as well as some Scandinavian countries³⁷ are usually categorized as dualist-type systems. While the United Kingdom is an example for a “radical dualist system” strictly adhering to the requirement of statutory incorporation, South Africa is an illustrative case of a dualist system with monist elements. In fact, Article 231(4) of the South African Constitution stipulates that “any international agreement becomes law in the Republic when it is enacted into law by national legislation” but also provides that “a self-executing provision of an agreement that has been approved by Parliament is law in the Republic unless it is inconsistent with the Constitution or an Act of Parliament.” This latter provision actually follows the experience of countries of monist tradition. As a result, some parts of international treaties have the force of law in South Africa as of their ratification and the courts can apply them like statutes.

In order to bring national law in line with international obligations in the field of human rights and labour standards, dualist countries regularly adopt incorporating statutes covering the substance matter dealt with in the treaty. The degree to which such statutes borrow the language of the treaty varies. In some cases, the entire treaty or its substantive provisions are annexed to the incorporating statute.³⁸ The legislative technique used could depend on various circumstances, for instance on whether the treaty language itself is amenable to application by those charged with applying it. In order to fulfil international obligations arising *inter alia* under Conventions Nos. 100 and 158, the Commonwealth Government of Australia included sections on equal pay and termination of employment in the Workplace Relations Act 1996.³⁹ The core provisions of Convention No. 100 are reproduced in the Act itself,⁴⁰ while the entire text of

³⁷ With regard to Norway, see Bronstein and Thomas, *op. cit.*, *supra* note 5, p. 57. Article 110c of the Constitution of the Kingdom of Norway reads as follows: “it is the responsibility of the authorities of the State to respect and ensure human rights. Specific provisions for the implementation of treaties hereof shall be determined by law” (text available at <http://odin.dep.no/odin/engelsk/norway/system/032005-990424/>).

³⁸ See, for instance, the 1998 Human Rights Protection Act of the United Kingdom which incorporates the European Convention on Human Rights, <http://www.hmso.gov.uk/acts/acts1998/19980042.htm>.

³⁹ See the Workplace Relations Act 1996, http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/wra1996220. Under section 3(k) of the Act, the “principal object of this Act is to provide a framework for cooperative workplace relations which promotes the economic welfare [...] by assisting in giving effect to Australia’s international obligations in relation to labour standards”. On equal pay, see Part VIA of the Act – Minimum Entitlements of Employees, Division 2 – Equal remuneration for work of equal value, sections 170 BA to 170BI. Section 170BA provides that the object of Division 2 is to give effect to international conventions in the field of non-discrimination, explicitly referring to Conventions Nos. 100 and 111 as well as to Recommendations Nos. 90 and 111.

⁴⁰ Section 170BB (1) establishes that under the Act the principle of equal remuneration is defined in line with ILO Convention No. 100 as “equal remuneration for men and women workers for work of equal value” and that any expression used in this definition has the same meaning as in Convention No. 100.

Convention No. 158 is appended to the Act as a “Schedule” to back up the Act’s provisions on termination. The Australian Industrial Relations Commission (AIRC) can make orders to ensure that employees receive equal remuneration for work of equal value if it “can reasonably be regarded as appropriate and adapted to giving effect to one or more of the Anti-Discrimination Conventions or ILO Recommendations Nos. 90 and 111”.⁴¹ This Act, therefore, not only borrows language and definitions from Convention No. 100, but also requires the competent enforcement authorities to consider these standards when making orders on equal pay.

The incorporation of customary international law is similar in dualist and monist systems. The general principle applied by courts in dualist-type systems is that “customary rules are to be considered part of the law of the land and enforced as such, with the qualification that they are only incorporated so far as is not inconsistent with Acts of Parliament or prior judicial decisions of final authority”.⁴² This principle has been codified in the Article 232 of the South African Constitution, which states that “customary international law is law in the Republic unless it is inconsistent with the Constitution or an Act of Parliament.” Similarly, rules of customary international law are generally considered as part of the national law in monist-type systems. A number of “monist” constitutions refer to “general rules” or “general principles” of international law, which is usually meant to cover both custom and general principles of law in the sense of Article 38(b) and (c) of the Statute of the International Court of Justice. For instance, Article II(2) of the Constitution of the Philippines provides that generally accepted principles of international law are part of the law of the land. In the recent case of *International School Alliance of Educators vs. International School, Inc.*, the Supreme Court referred to the principle of non-discrimination contained the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111) and other relevant international treaties as being a general principle of law.⁴³ The German Basic Law provides in Article 25 that “the general rules of public international law form part of the Federal law.” This provision covers customary law as well as general principles of law.⁴⁴ Similarly, Article 3 of the Constitution of Estonia states that “generally recognized principles and rules of international law are an inseparable part of the Estonian legal system”.⁴⁵

⁴¹ See Workplace Relations Act 1996, section 170BC(3)(b). The term “Anti-Discrimination Conventions” includes Conventions Nos. 111 and 100.

⁴² See Brownlie, *op. cit.*, *supra* note 28, p. 43.

⁴³ See G.R. No. 128845 (2000).

⁴⁴ See Seidl-Hohenveldern, *op. cit.*, *supra* note 28, p. 125.

⁴⁵ Text available at <http://www.president.ee/eng/ametitegevus/>

1.2 Issues of hierarchy and conflict

The legal effect of binding international norms at the national level is not only influenced by the method of incorporation, but also by the rank given to them in the hierarchy of domestic norms. This appears to be particularly an issue in monist systems where “statute-like” use of international treaty norms is possible. In dualist systems, where statutory incorporation is required, the issue of rank of international treaty norms is avoided, since an incorporated treaty necessarily acquires domestic legal status. In determining hierarchy, or in other words, status that international law enjoys *vis-à-vis* national law, the first issue at stake is whether treaty norms have a higher, lower or equal rank as domestic legislation or the constitution. In case of equal rank the question arises which norm prevails in cases of conflicting provisions. While some constitutions and laws contain provision on the rank of international law in the domestic legal order, this is by far not always the case. For instance, whereas the Philippine Constitution is silent on the issue, the Supreme Court has ruled that rules of international law have equal rank as national legislation, which means that in case of conflict the *lex posterior* rule applies.⁴⁶

Again, the weight and status given to international law varies from country to country, as the following examples indicate. In the United States, duly ratified treaties have the rank of federal law with the effect that they prevail over inconsistent state and local legislation, as well as previously adopted federal laws. In turn, subsequently adopted federal laws override conflicting treaty provisions.⁴⁷ The Constitution of Costa Rica in Article 7 accords to international treaties higher authority than national laws, while the Colombian Constitution gives such higher status only to human rights treaties.⁴⁸ Generally, one can observe that the constitutions of several Central and Eastern European countries also give international treaties overriding force over national law.⁴⁹ According to Article 151 of the Constitution of Azerbaijan “when contradictions arise between the normative-legal acts forming the legislative system of the Republic of Azerbaijan (excluding the Constitution of the Republic of Azerbaijan and acts adopted by referendum) and international treaties to which the Republic of Azerbaijan is a party, the international treaties shall apply”.

⁴⁶ See, for instance, *Secretary of Justice vs. Hon. Ralph C. Lantion and Marl B. Jimenez*, G.R. No. 139465 (2000).

⁴⁷ See “Proceedings of the United States Department of Labour National Administrative Office Seminar on International Treaties and Constitutional Systems of the United States, Mexico, and Canada”, *Maryland Journal of International Law and Trade*, vol. 22, 1988, pp. 229.

⁴⁸ See Article 93 of the Constitution of Colombia, *op. cit.*, *supra* note 35 which reads: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.”

⁴⁹ See, for instance, Article 5 of the Constitution of Bulgaria, Article 123 of the Constitution of Estonia, and Article 14(4) of the Constitution of the Russian Federation.

Similarly, section 143 of the Constitution of Benin provides that “les traités ou accords régulièrement ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie”.⁵⁰ Such explicit provisions on hierarchy generally imply that the international treaties are integral part of national law, also in the absence of an explicit statement to this effect.⁵¹

Some countries include provisions on incorporation in constitutional law as well as in other legislation. The 1994 Constitution of the Republic of Moldova provides in Article 4 that priority shall be given to treaties in force over national laws and that constitutional provisions shall be implemented in accordance with ratified treaties. Moreover, the primacy of international law has also been reflected in Moldovan labour legislation, the Labour Code of 2003 providing in section 13 that “if through international treaties, agreements, conventions or other international acts, to which the Republic of Moldova is a part, are established other provisions, beside the ones contained in the present Code, the international norms have a priority”.⁵² In addition, the 2002 Act respecting remuneration provides in section 6(2) that where legislation on remuneration is contrary to international legal instruments to which the Republic of Moldova is a party, the international standards shall prevail.

The question of hierarchy also concerns international customary law. The German Basic Law provides in Article 25 that the general rules of public international law take precedence over the laws and directly create rights and duties for the inhabitants of the Federal territory. In the British and Commonwealth jurisdictions, the issue of the rank of customary law is avoided by the principle that those rules of customary law which are inconsistent with Acts of Parliament are not considered to be incorporated into domestic law.⁵³

1.3 Self-executing and non-self-executing international treaty norms

The term “self-executing” is used in legal literature, jurisprudence and state practice in at least two ways.⁵⁴ Firstly, it may be used to state that in a particular legal system certain rules of international law have or have not legal

⁵⁰ Text available at <http://www.afrikinfo.com/lois/benin/loi/>

⁵¹ See, for instance, the position of the Government of Azerbaijan with regard to Article 12 of the Constitution as stated in its Report submitted pursuant to Article 25, paragraph 1, of the Framework Convention on the Protection of National Minorities, Council of Europe, ACFC/SR (2002) 1, pp. 15-16.

⁵² See Labour Code No. 154-XV of 28 March 2003, *Monitorul Oficial*, 2003-07-29, No. 159-162, pp. 3-113 (English text available on NATLEX).

⁵³ See Brownlie, *op. cit.*, *supra* note 28, p. 43.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 52. See also Seidl-Hohendorf, *op. cit.*, *supra* note 28, p. 121.

effect without a further act of incorporation. In the United States, for instance, where generally treaties are “supreme law of the land”, the administration or Congress may determine that a specific treaty is “non-self-executing”. In that case further legislative or other measures are taken in line with the international obligations under the treaty, which itself cannot be invoked in the courts. With the same result, but without using the term “self-executing” Article 50(2) of the Austrian Constitution provides that the Parliament, when authorizing the ratification of a treaty, “can decide that the treaty in question shall be implemented through the adoption of legislation.” If so decided by the Parliament, courts and administrative authorities are prevented from applying treaty rules “statute-like”, neither can the treaty create individual rights.⁵⁵

Secondly, the term “self-executing” is frequently used to describe a specific treaty provision in terms of content and nature. In systems where treaties generally have the force of domestic law, the courts sometimes do not rely on particular treaty provisions on the basis that they are not sufficiently precise and detailed, or addressed to the Government rather than establishing individual rights. In Germany, for instance, transformation of international treaties into the domestic legal order through an act of Parliament results in direct applicability of treaty provisions by the courts only when the wording, purpose and content of the provision in question is sufficiently established and suitable to produce legal effects. For instance, the German Federal Administrative Tribunal has ruled that Article 8(1) of the Migration for Employment Convention (Revised) 1949 (No. 97) fulfills these conditions and that therefore the international law character of the Convention does not preclude an alien from deriving individual rights from its guarantees.⁵⁶ The Government of Lebanon has indicated that the courts could immediately apply those treaty provisions, “which are self-executing by their very nature, in the sense that no legislative or regulatory instrument is needed to execute them”.⁵⁷

While from a theoretical perspective, the term “self-executing” has been used in the above two ways to describe the operation of international treaty

⁵⁵ See Theodor Öhlinger, *Verfassungsrecht*, 1999, p. 75. In the case of Austria’s most recent ratification, the Ministry of the Economy and Employment stated in the parliamentary documents that Convention No. 183 is not suitable for direct application, thus suggesting that Article 50(2) of the Constitution should apply. For more, see the Austrian Parliament’s web page at http://www.parlament.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/I/I_00022/FNAMEORIG_001842.HTML

⁵⁶ See Federal Administrative Tribunal, Judgment of 28 May 1991 (1 C 20.89), reprinted in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 53, 1993, p. 389. Article 8(1) of Convention No. 97 provides that “a migrant for employment who has been admitted on a permanent basis and the members of his family who have been authorized to accompany or join him shall not be returned to their territory of origin or the territory from which they emigrated because the migrant is unable to follow his occupation by reason of illness contracted or injury sustained subsequent to entry, unless the person concerned so desires or an international agreement to which the Member is a party so provides.”

⁵⁷ See seventeenth periodic report under the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, CERD/C/475/Add.1 (Feb. 2004), para. 1.

norms in legal systems following the monist approach, the concrete wording and nature of treaty provisions is also highly relevant in dualist systems. The character of the provisions may influence the decision whether a treaty is being incorporated as a whole, to which extent the incorporating statute uses treaty language, or whether or not the treaty or parts of it are annexed to an incorporating statute. In addition, the wording of treaty provisions has an impact on the way they can be used to develop or clarify common law or as an interpretative tool. Finally, it is also to be recalled that some dualist-type systems, such as that of South Africa, actually allow for direct application of self-executing treaty provisions, without statutory incorporation.

As has been pointed out by Nicolas Valticos in respect of international labour conventions, the self-executing or non-self-executing character of a provision does not only depend on its wording, but also on the legal and institutional situation prevailing in a given country.⁵⁸ A particular provision may therefore be considered self-executing in one country, and not in another. It is also crucial to point out that a provision that is being considered self-executing in the sense that it needs further legislative action in order to be operational, it can nevertheless be “justiciable”, i.e. clear enough to be referred to in a judicial process.⁵⁹ For instance, while a particular provision might not be worded in way that would allow an individual claim to be brought in a domestic court on its basis, the provision could nevertheless be sufficiently clear and determined to be of use to the court for the purpose of interpreting or developing judicial principles. For instance, while the German Federal Administrative Tribunal held that Convention No. 111 as a whole was addressed only to the Government and could not be used as a basis for individual claims,⁶⁰ the German Federal Constitutional Court did in fact draw upon the Convention’s definition of discrimination when interpreting the equality provisions of the Basic Law.⁶¹

The issue of non-self-executing provisions in international labour Conventions has also arisen in the context of the ILO’s supervisory system. In the context of reporting under Article 22 of the ILO Constitution on the application of ratified Conventions, Governments are requested to report on the legal status of Conventions in their domestic legal order and some governments have argued that automatic incorporation in itself would be sufficient to ensure effective application, a view that has been consistently rejected by the ILO Committee

⁵⁸ See Nicolas Valticos, “Droit international du travail et droit interne français”, *Travaux du Comité français de droit international privé, 1973-75*, 1977, pp. 13-15.

⁵⁹ On the term “judiciability”, see the General Comment No. 9 adopted by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights at its Ninetieth session (1988), UN doc. E/1999/22.

⁶⁰ See Federal Administrative Tribunal, Judgment of 1 February 1989, reprinted in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 51, 1991, p. 181.

⁶¹ See the case discussed below in Part IV, section 2.

of Experts.⁶² In taking this position, the Committee is mindful of the fact that some provisions contained in international labour standards are not sufficiently determined in order to be directly enforced by national authorities. Others require the setting up of administrative mechanisms or other measures such as sanctions to be effective. In addition, many ILO Conventions explicitly require the adoption of further laws and regulations.⁶³ This explains the fact that in practice countries following a monist-type approach may in many cases be required to adopt specific legislation, albeit not in order to give domestic legal force to a ratified ILO Convention, but in order to ensure its effective application.

2. *Non-binding international labour instruments and unratified Conventions*

International labour instruments other than Conventions, i.e. Recommendations, declarations, resolutions and codes of practice, as well as unratified Conventions are naturally not covered by the relevant rules or practice regarding the incorporation of binding international law into domestic law. Accordingly, the possibility that they could be applied as a primary source of law by way of automatic incorporation is excluded. By contrast, these instruments can nevertheless be relied upon as guidance for interpretative purposes, as a source of inspiration in order to develop judicial principles, factual information, or evidence of public policy. Recommendations, due to their special status under the ILO Constitution merit special attention in this regard, as they often further elaborate on the content of Conventions. In addition, courts in dualist and monist systems may consider that norms contained in formally non-binding instruments or unratified Conventions are reflective of customary rules, which, as indicated above, are accepted as being part of national law in most legal systems. While in judicial practice the establishment of the exact content of a rule of international customary law may be difficult, international custom should not be neglected.⁶⁴ Where national legislation incorporates non-binding instruments, courts can, of course, rely on them as a matter of national law.

⁶² See Leary, *op. cit.*, *supra* note 17, p. 21.

⁶³ See *Handbook of procedures relating to international labour Conventions and Recommendations*, ILO, Geneva, Rev.2/1998, para. 28.

⁶⁴ As indicated above, the methods to determine international customary law cannot be discussed here. Nevertheless it seems likely that such rules exist in the area of fundamental principles and right at work, with the high rate of ratification of the relevant Conventions perhaps being an indicator. The fact that more and more national laws make reference to these fundamental rights and principles seems to support the argument that they have attained the status of "general principles" of law in the sense of Article 38(c) of the ICJ Statute.

3. *Reports and findings of the ILO supervisory bodies*

The comments, surveys, conclusions and recommendations of the various ILO supervisory bodies may be of relevance when an international labour Convention or Recommendation is used in domestic courts. The analysis and pronouncements of these bodies are helpful in exploring the meaning of provisions, concepts and definitions contained in these instruments. In providing valuable details and guidelines on how the provisions and obligations set forth in ILO instruments should be understood and applied, the reports and findings of ILO supervisory bodies can prove particularly useful when interpreting national legislation, especially when such legislation addresses issues or concepts similar to those included in ILO instruments. Likewise these reports and findings may inform and inspire courts with regard to the development of judicial principles. The general surveys and comments of the Committee of Experts provide comparative indications as to how specific Conventions and Recommendations have been applied in different countries and legal systems. For example, the findings and experience reflected in ILO reports have been useful in the identification by courts of sexual harassment as sex discrimination. While sexual harassment is not explicitly mentioned in Convention No. 111, the comments and surveys of the Committee of Experts on this instrument have clarified that such behaviour is prohibited under the Convention as sex discrimination.⁶⁵ The legal weight given to these comments, surveys, conclusions and recommendations in judicial processes may vary. They may be given binding effect, as reflected in a recent court decision in Colombia with regard to recommendations of the Committee on Freedom of Association,⁶⁶ or in other cases, they may be relied upon as secondary sources of information on a particular subject such as safety and health practice or as being indicative of existing international obligations.

⁶⁵ See, for instance, *Equality in Employment and Occupation – General Survey of the reports on the Discrimination (Employment and Occupation) Convention (No. 111) and Recommendation (No. 111), 1958*, International Labour Conference, 75th Session, 1988, *Report III(Part 4B)*, paras. 45-46. See also the general observation under Convention No. 111 on the issue of sexual harassment, in Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 91st Session, 2003, *Report III(Part IA)*, p. 463.

⁶⁶ See *Sindicato de las Empresas Varias de Medellín contra Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Municipio de Medellín y las Empresas Varias de Medellín E.S.P.*, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, 10 de Agosto de 1999, Exp. N° 206.360.

IV. Usage of international labour instruments in domestic courts

This section analyses recent court decisions relying on international labour and human rights standards, as well as reports and findings of the ILO supervisory bodies. In many instances, courts do not specify the legal grounds on which use of international sources is made, but the review of the relevant jurisprudence suggests three main types of usage of international instruments or reports: (i) “statute-like” application; (ii) use for the purpose of interpretation of national law; or (iii) as a source for the development of judicial principles. However, it has to be kept in mind that the borders between these and other forms of reliance on international sources are not clearly defined.

1. “Statute-like” application

The “statute-like” or “direct” application of international treaty provisions as primary source of law is the most obvious form of using international treaties in the courts of monist-type systems. Statute-like application may, for instance, occur when no legislation exists on an issue covered by an ILO Convention, or where applicable legislation is less detailed. In such a case the courts may rely on an international labour Convention either exclusively or subsidiarily. An example in this regard is the decision of the Tribunal of First Instance of Milano in the case of *AMSA v. Miglio* of 28 mars 1990. In this case, the complainant had regularly worked over-time and requested these extra hours to be taken into account in the calculation of his annual leave pay despite the fact that national legislation was silent on this point. The Tribunal confirmed its previous jurisprudence in this regard, holding that the need to take regular over-time hours in account when calculating the remuneration during annual leave was based directly on Article 7 of the Convention concerning Annual Holidays with Pay (Revised), 1979 (No. 132) which had been ratified by Italy.

Sometimes international instruments are used as a source of law in addition to existing national legislation in order to strengthen a solution primarily based on national rules and regulations. An example in this regard is the decision of the Paraguayan Labour Court of Appeals in the sexual harassment case of *Carmen Sachelaridi Knutson v. Cooperativa Santísimo Redentor Limitada* of 26 May 2000. Here, the Court relied on Convention No. 111 to identify sexual harassment as sex discrimination in addition to the Labour Code which merely prohibits sexual harassment and provides for sanctions. The Court further substantiated its interpretation of Convention No. 111 as covering sexual har-

assessment by reference to a resolution on equality of opportunity adopted by the International Labour Conference.⁶⁷

Statute-like application of international treaty norms may be more complex where national and treaty provisions are conflicting or where constitutional questions are involved. In some cases, for instance, the ordinary courts may be in a position to resolve the conflict of norms, while in others recourse to the highest courts is required. For instance, the Administrative Tribunal of Estonia considered that the requirement for foreign seafarers to obtain and carry Estonian identity documents when leaving Estonian territory was contrary to the constitutional principles of free choice of profession and non-discrimination between nationals and non-nationals, as well as contrary to the Seafarers' Identity Documents Convention, 1958 (No. 108). It therefore requested the Supreme Court to decide on the constitutionality of the regulation in question. In doing so, the Supreme Court of Estonia examined the conformity of the said regulation with the provisions of Convention No. 108 and held that Convention No. 108, while not explicitly dealing with question of leaving the territory of a Member State, nevertheless implicitly established a right of foreign seafarers carrying an identity document issued by any Member State party to the Convention to enter and leave Estonian territory. The Supreme Court reaffirmed that ratified Conventions prevailed over national legislation and declared the regulation in question unconstitutional.⁶⁸

In other cases, the highest courts strike down national laws considered to be contrary to international treaties arguing that these are contrary to international obligations, rather than holding them unconstitutional *per se*. An example in this respect is provided by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Costa Rica which relied on Conventions Nos. 107 and 169 by virtue of Article 7 of the Constitution according to which ratified conventions are part of the domestic legal order.⁶⁹ In a 1999 judicial action taken by inhabitants of an indigenous reservation against the government, plaintiffs alleged that a Government Decree by which the territory of the reservation had been diminished violated the fundamental rights

⁶⁷ See Resolution on Equal Opportunities and Equal Treatment for Men and Women in Employment, International Labour Conference, 71st Session, 1985, *Record of Proceedings*, p. 36/16. Paragraph 6 of the Resolution states that "policies for the advancement of equality should [...] include measures to combat sexual harassment."

⁶⁸ Chambre de révision constitutionnelle de la Cour suprême, arrêt du 27 mai 1998. The Constitution of Estonia provides in Article 123 that "if laws or other legislation of Estonia are in conflict with international treaties ratified by the Riigikogu [the legislature], the provisions of the international treaty shall apply."

⁶⁹ The Spanish wording of Article 7 is as follows: "Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes" – <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/>

of the inhabitants.⁷⁰ The Chamber relied on Convention No. 107, which was in force for the country when the said Decree was issued, after having determined that there were no other specific laws available on the issue. The Chamber set aside the Decree in question on the grounds that it was contrary to Article 11 of Convention No. 107 which provides that “the right of ownership, collective or individual, of the members of the populations concerned over the lands which these populations traditionally occupy shall be recognized”. In another case, decided in 1998, the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Costa Rica held that a Government Decree substantially cutting the budget of the National Indigenous Affairs Commission (CONAI) was not compatible with Costa Rica’s obligations under Convention No. 169 and ordered the Government to reestablish the previous budgetary situation. In this decision, the Chamber relied *inter alia* on Article 33 of that Convention under which the “the governmental authority responsible for the matters covered in this Convention shall ensure that agencies or other appropriate mechanisms exist to administer the programmes affecting the peoples concerned, and shall ensure that they have the means necessary for the proper fulfillment of the functions assigned to them.” While this provision appears to be non-self-executing in the sense that it requires the Government to take certain measures to ensure that the appropriate mechanisms and function properly, it was nevertheless “judiciable” in the sense that the court could use it as a basis to determine that the Government action was illegal.

The Bulgarian Constitutional Court has not hesitated to rely on Article 5(4) of the Constitution of 1991 which declares international treaties to be part of domestic law, superseding any domestic legislation contrary to treaty provisions. Only one year after the adoption of the Constitution, the Court had the opportunity to use this provision in a discrimination case involving a prohibition, contained in section 9 of the Banking Act of 1992, of former high-ranking officials of the Communist Party and other organizations linked to the communist system to be elected to the boards of banking institutions.⁷¹ The relevant provision was found by the Court to be inconsistent with ILO Convention No. 111, the International Covenant on Civil and Political Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and also incompatible with Article 6(2) of the Constitution, which prohibits any privileges or restrictions of rights

⁷⁰ See *Antonia Blanco Rodríguez y otros contra el Presidente de la República, la Ministra de Gobernación y Policía, el Instituto de desarrollo Agrario y la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas*, 11 de Agosto 1999.

⁷¹ See Constitutional Court ruling No. 8 of 27 July 1992. This prohibition was established under section 9 of the Preceding and Concluding Provisions of the Banks and Credit Activity Law, No. 25 of 1992, which stated that “persons who have been elected members to central, county, district, town and municipal leading bodies of the Bulgarian Communist Party, Dimitrov Communist Youth League, the Fatherland Front, the Union of Veterans in the Struggle against Fascism and Capitalism, the Bulgarian Trade Unions and the Bulgarian Agrarian Party or have been employed full time as high-ranking officials at the Central Committee of the Bulgarian Communist Party, as well as staff, and paid or non-paid collaborators of State Security may not be elected to the Banks’ Boards and may not be employed under section 7 over the next five years.”

on specified grounds including convictions and political affiliation. The Court, considering international obligations to be indispensable to national law and to have priority over conflicting provisions of national legislation, found the above restriction of the right to hold a high-ranking position in the governing bodies of banks to constitute discrimination within the meaning of Article 1 of Convention No. 111, and thus not to be in conformity with the terms of an international agreement to which Bulgaria is a party.⁷² The law was accordingly struck down.

In a recent case dealing with discriminatory provisions in a collective agreement, *Dugain v. Air Madagascar* brought before the courts of Madagascar, the Supreme Court insisted that all courts should take into consideration the relevant provisions of international conventions.⁷³ In this case, two female plaintiffs alleged that an earlier retirement age for female cabin personnel as compared to their male colleagues as provided in the applicable collective agreement was discriminatory, therefore amounting to unjustified dismissal. The Court of Appeal recognized that the UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) provides for equal right of women and effective judicial protection and that the Convention was an integral part of domestic law.⁷⁴ However, it refrained from declaring the collective agreement in question discriminatory and did not rescind it. In its view, a matter of constitutionality was involved since the complaint alleged a violation of the principle of non-discrimination which is also contained in the Constitution. Hence, the plaintiffs had to bring the case before the Supreme Court arguing that the constitutional principle of non-discrimination had been violated. The Supreme Court held that the lower court had not taken into consideration the relevant international conventions, stroke the appealed decision and sent the case back to lower instance. The Supreme Court held that, in addition to CEDAW, Convention No. 111 was directly applicable in the present case. It decided that it was up to the lower court to uphold the validity or nullify the collective agreement in question on the basis of the relevant international treaty provisions. The Supreme Court also ruled that its role was merely to ensure that judges applied and respected the provisions of ratified international conventions. In the concrete case, the Supreme Court instructed the Court of Appeals to take into consideration the

⁷² The Committee of Experts has noted the ruling in 1993 and followed-up on the measures taken-by the Government to implement it. In 1995, the Committee was bale to note with interest the repeal of section 9 of the Banking Act. See Individual Observations of the Committee of Experts concerning Convention No. 111 in respect to Bulgaria issued in 1993 and 1995.

⁷³ See *Dugain v. Air Madagascar*, arrêt no. 231 du 5 septembre 2003.

⁷⁴ In fact, the Preamble of the Constitution of Madagascar reads in part: "Le peuple Malagasy souverain [...] considérant sa situation géopolitique dans la région et sa participation engagée dans le concert des nations et faisant siennes: – la Charte Internationale des Droits de l'Homme, – la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, – les Conventions relatives aux Droits de la Femme et de l'Enfant, qui sont toutes considérées comme partie intégrante de son droit positif" – <http://www.simicro.mg/hcc/hcc/constitution.html>

requirements of Convention No. 111 and held that an age limit imposed on the basis of sex would only be admissible if the employer was able to demonstrate that the sex of cabin personnel was an inherent requirement of the job.

Dualist theory suggests that “statute-like” application is not possible due to the requirement of statutory incorporation. However, this principle seems to be increasingly challenged by judicial practice that directly relies on international treaties in order to develop or interpret national law by relying on international treaties in a manner that is sometimes “quasi-statute-like”. This may occur when provisions which are not expressly incorporated are used. For instance, although Article 3(2) of Convention No. 100, which gives member States the choice of deciding which system of job evaluation they wish to apply,⁷⁵ has not been incorporated in Australian domestic law, it has nevertheless been used by the Australian Industrial Relations Commission as the legal basis to decide on the appropriateness of a particular system of job evaluation.⁷⁶ The Commission saw itself in the position to make a decision on the method of job evaluation as it was the “authority responsible for the determination of rates of remuneration” in the sense of Article 3(2) of the Convention. In Uganda, where as a general rule, statutory incorporation is required, the courts have relied on international labour conventions directly as a source of law despite the absence of an incorporating statute.⁷⁷ As mentioned above, even the generally dualist South African system requires the courts to directly apply self-executing international treaty provisions.

2. *Interpretation of domestic law*

The general principle that national law should be interpreted in the light of obligations arising from international principles and rules is recognized in all legal systems in one way or another and the use of international labour standards for this purpose is legally possible in both monist and dualist systems. As a matter of fact, in some countries of both systems, Constitutions or labour codes recognize, explicitly or implicitly, such a role for international law. For instance, Article 10(2) of the Spanish Constitution reads as follows: “The norms relative to basic rights and liberties which are recognized by the Constitution shall be

⁷⁵ Article 3(2) of Convention No. 100 provides that “the methods to be followed in this appraisal may be decided upon by the authorities responsible for the determination of rates of remuneration, or, where such rates are determined by collective agreements, by the parties thereto”.

⁷⁶ See *Automotive, Food, Metals, Engineering, Printing and Kindred Industries Union (AMWU) v. HPM Industries*, Case No. 239333 of 1995, Decision of 4 March 1998.

⁷⁷ See Anna Magezi, *The use of international instruments at the national level*, paper presented at the ILO regional seminar on international labour standards for labour court judges, Kampala, Uganda, May 2001, p. 3.

interpreted in conformity with the Universal Declaration of Human Rights and the international treaties and agreements on those matters ratified by Spain".⁷⁸ Article 12 of the Constitution of Azerbaijan provides that the "rights and liberties of a person and citizen listed in the present Constitution are implemented in accordance with international treaties wherein the Azerbaijan Republic is one of the parties". The new Labour Code of Morocco provides in its first preambular paragraph: « la présente législation du travail se caractérise par sa conformité avec les principes de bases fixés par la Constitution et avec les normes internationales telles que prévues dans les conventions des Nations Unies et de ses organisations spécialisées en relation avec le domaine du travail ».⁷⁹ Similar provisions in the laws of South Africa and Lesotho are discussed below in the context of concrete cases.

While it appears that judicial practice with regard to the use of international instruments for the purpose of interpretation of national law is more developed in common law countries, the interpretative function of international law is also developing in monist countries. The "constitutionalization of labour law", i.e. the inclusion of its fundamental principles in Constitutions or bills of rights,⁸⁰ might be an element conducive to such interpretative use of international labour law. When facing disputes on the interpretation of the constitutional provisions recognizing fundamental labour rights, some domestic tribunals rely on the international interpretation of these concepts. The general or open definitions included in national Constitutions as well as the nearly identical wording in certain Constitutions and international treaties can explain this trend.

When construing the incorporating statute, the general principle in dualist common law systems is that in case of ambiguity the provisions of the international treaty that the statute is meant to incorporate are to be used as an interpretative tool. Ratified conventions are also relevant to the interpretation of any other statute, based on the assumption that the legislature did not intend to legislate in contradiction to international obligations. These principles have been codified in the South African Constitution, which gives particular prominence to international instruments as interpretative tools of its provisions and other laws. Article 233 of the South African Constitution provides that "when interpreting any legislation, every court must prefer any reasonable interpretation of the legislation that is consistent with international law". Under Article 39 of the

⁷⁸ Similarly, Article 20(1) of the Constitution of Romania establishes that the "Constitutional provisions concerning the citizens' rights and liberties shall be interpreted and enforced in conformity with the Universal Declaration of Human Rights, with the covenants and other treaties Romania is a party to" (text available at <http://domino.kappa.ro/guvern/constitutia-e.html>).

⁷⁹ See Dahir No. 1-03-194 du 11 septembre 2003 portant promulgation de la loi n° 65-99 relative au Code du Travail, *Bulletin officiel*, 2004-05-06, n° 5210, pp. 600-658.

⁸⁰ On this point, see Oscar Ermida Uriarte, "Constitutionalization del derecho laboral", *Asesoría laboral*, February 1993, No. 26.

South African Constitution, the courts must consider international law when interpreting the Constitution's Bill of Rights. In the case of *Hoffmann v. South African Airlines*⁸¹, brought by a flight attendant who was refused employment on account of his HIV/AIDS status, the Constitutional Court relied on Convention No. 111, in order to determine the appropriate relief. Justice Ngcobo, writing for a unanimous court, stated that in proscribing discrimination, the Constitution not only sought to prevent unfair discrimination, but also to eliminate the effects thereof.⁸² In the employment context, the attainment of that objective rested not only upon the elimination of the discriminatory employment practice, but also required that the victim, as far as possible, be restored to the position in which she or he would have been but for the unfair discrimination. The Court then held that "the need to eliminate unfair discrimination does not only arise from Chapter 2 of our Constitution [i.e. the Bill of Rights]. It also arises out of international obligation".⁸³ While the Court explicitly referred to Convention No. 111, it did not specify whether it considered the relevant provisions of Convention No. 111 to be self-executing and therefore relied on them directly as a source of law on its own within the meaning of Article 231(4) or whether the reference to international law was made under Article 39(1) which requires the courts to consider international law when interpreting the Bill of Rights. As the court had to examine the constitutionality of a measure taken against the complainant, one may conclude that the Court used Convention No. 111 in order to ensure that the meaning given to the Constitution gives effect to binding international obligations.

References to Convention No. 111 are also frequently made by the Labour Court of South Africa when dealing with cases involving discrimination on the basis of HIV/AIDS under the Employment Equity Act.⁸⁴ The fact that section 3 of the Act explicitly states that it "must be interpreted in compliance with the international law obligations of the Republic, in particular those contained in the International Labour Organization Convention (No.111) concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation", may be one of the reasons for this.⁸⁵

In monist jurisdictions international labour standards are being used to guide the interpretation and inform the application of national legislation, or to

⁸¹ See *Jacques Charl Hoffmann v. South African Airlines*, Case CCT 17/00, Judgment of 28 September 2000.

⁸² *Ibid.*, para. 50.

⁸³ *Ibid.*, para. 51.

⁸⁴ See, for instance, *PFG Building Glass (PTY) LTD v. Chemical Engineering Pulp Paper Wood and Allied Workers Union*, Case No. J90/03, Award of 28 March 2003, and *Joy Mining Machinery Division of Harnischfeger (South Africa)(PTY) LTD v. National Union of Metal Workers of South Africa*, Case No. J158/02, Award of 31 January 2002.

⁸⁵ See Employment Equity Act No. 55 of 1998, <http://www.labour.gov.za/docs/legislation/eea/act98-055.html>

support solutions mainly based on national law in line with international obligations. From the perspective of the domestic rules and methods of interpretation, the use of binding international labour law can be based on the principle of systematic interpretation where such international law has direct legal effect, or, otherwise, on the principle that the legislature can be assumed to have legislated contrary to international obligations. For instance, in its decision of 18 November 2003, the Federal Constitutional Court of Germany, breaking with a long-standing jurisprudence on the employer's obligation to pay maternity benefits under section 14(1) of the Maternity Protection Act, held that this provision was not compatible with Article 12(4) of the Basic Law which guarantees freedom of economic activity.⁸⁶ Following the principle of systematic interpretation, the Court read Article 12(4) together with the Constitution's Article 3(2) which requires the state to "support the effective realization of equality of women and men and to work towards abolishing present disadvantages".⁸⁷ While reconfirming that a burden sharing between the state and the employers with regard to maternity benefits as such was not contrary to Article 12(4), the current arrangements would however encourage employment discrimination against women contrary to Article 3(2) of the Basic Law which included the right of women to equal opportunity in practice. In support of this ruling, the Court stated that "this is in line with the obligations of the Federal Republic under European and international law" and the elimination of indirect discrimination and discrimination in practice as required under European equality legislation, the UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, as well as ILO Convention No. 111.⁸⁸ When commenting on a compensation scheme established for small enterprises, the Court took the view that the employer's obligation to make maternity payments could lead to gender inequality. In support of this, the Court stated that it was the conviction of the States Parties to ILO Convention No. 103, a Convention not ratified by Germany, that such obligations could diminish women's employment opportunities.⁸⁹

In *UST Faculty Union et al. v. Dir. Benedicto Ernesto R. Bitonio et al.* case, the Supreme Court of the Philippines relied on Convention No. 87 to support the interpretation of the right to self-organization of trade unions as protected under the Constitution and the Labour Code.⁹⁰ The case involved an intra-union conflict in which some members of a union of faculty members at a Philippine

⁸⁶ See Federal Constitutional Court, Decision of the First Senate of 18 November 2003, 1 BvR 302/96.

⁸⁷ See Axel Tschentscher, *The Basic Law (Grundgesetz)*, 2002, p. 18.

⁸⁸ *Ibid.*, para. 112.

⁸⁹ Article 4(8) of Convention No. 103 provides that "in no case shall the employer be individually liable for the cost of such [maternity] benefits due to women employed by him".

⁹⁰ See G.R. No. 131235, 16 November 1999.

university sought to replace the union leadership through an election process which was not in accordance with the union's constitution and by-laws. Subsequently, a labour arbiter declared the process null and void and confirmed the union leadership. On appeal, the Director of the Bureau of Labour Relations (BLR) in the Department of Labour upheld this decision. Subsequently, the union members in question petitioned the Supreme Court in order to have the leadership replaced arguing that the leadership had committed "numerous anomalies" and that its removal "was pursuant to their right to self-organization". The Supreme Court rejected this claim, embracing the view of the BLR Director who had explicitly referred to Article 3 of Convention No. 87 in relation to the scope of the right to self-organization. The view taken by the BLR Director was that the freedom to draw up internal rules and hold elections without interference also implied a responsibility of trade union members to abide by those rules. The right to self-organization could thus not be used to attack a decision by the public body competent to settle intra-union disputes.

In other cases, the courts interpret national legislation in line with international law, without making explicit reference to the relevant instrument, as in the case of recent equal pay litigation in Japan. The main provision in Japanese legislation implementing Convention No. 100 is section 4 of the Labour Standards Act which provides that "an employer shall not engage in discriminatory treatment of a woman as compared with a man with respect to wages by reason of the worker being a woman".⁹¹ While section 4 does not explicitly state the principle of equal remuneration for work of equal value, the courts have more recently recognized that women have the right to equal remuneration also if they are employed in different job categories as long as the work performed is of equal value. In the absence of any national legislation explicitly stating the principle, plaintiffs have relied on international treaties ratified by Japan, particularly Convention No. 100 and the UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. For instance, in the *Kyō Gas* case, decided by the Tokyo District Court in 2001,⁹² the female plaintiff, a worker employed by the defendant, received some 75 per cent of the remuneration of an equally qualified male comparator during a given time period. The lawyers for the plaintiff argued that Convention No. 100 was part of the applicable law together with section 4 of the Labour Standards Act.⁹³ In its decision, the court did not

⁹¹ See Labour Standards Act No. 49 of 7 April 1947, as amended last by Act No. 104 of 2003, available at <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/27776/64846/E95JPN01.htm>.

⁹² See Decision of 20 September 2002, currently on appeal to the High Court.

⁹³ In Japan, treaties that have been promulgated or published in the Official Gazette are incorporated into Japanese law and acquire the force of law. Although the Constitution is less specific on this matter, this principle is believed to flow from Article 98(2) of the Constitution which provides that "the treaties concluded by Japan and established laws of nations shall be faithfully observed."

expressly refer to or rely on the Convention, but gave a meaning to section 4 of the Labour Standards Act that reflects the principle of the Convention. The court applied the Convention's logic by comparing the jobs performed by the plaintiff and the comparator on the basis of the tasks and difficulties involved, thus using the concept of value when comparing jobs as required by the Convention No. 100. Similarly, in the *Uchiyama Kogyo* case, decided by the Okayama District in 2001, the court held a company responsible under section 4 of the Labour Standards Act for employing female and male workers under separate salary schedules, while there was no clear distinction between the content and responsibilities of jobs between male and female workers.⁹⁴

An important feature of the use of international labour standards for interpretative purposes is the variety of international sources utilized by domestic courts to this end. When determining the meaning or scope of a domestic provision in light of international labour law, the courts and tribunals often go beyond the reliance on ILO Conventions and also take into account ILO Recommendations or the comments and reasoning of the ILO supervisory bodies. This may be explained by the fact that these sources are used as being indicative of international obligations. In common law countries, this can be explained further by the fact that the courts have the possibility to refer to such sources as factual information, persuasive authority or public policy. In civil law countries which mainly follow the monist approach this may be due to fact that international law, when used by domestic courts as interpretative tool, is not applied "statute-like" and is thus not the main legal source upon which the dispute is settled. This may open some space for creative use of international sources other than ratified conventions, in line with the prevailing domestic rules of interpretation.

From a more substantial point of view and as mentioned earlier in this article these additional sources can prove particularly useful when interpreting national provisions that address issues or concepts similar to those included into ILO Conventions. The Constitutional Court of South Africa ruled in the *Makwanyane* case that for the purpose of interpreting the Bill of Rights in the light of international law as provided for in Article 39 of the Constitution, binding as well as non-binding instruments must be considered.⁹⁵ In line with this approach, the Labour Court of South Africa when dealing with cases of HIV/AIDS discrimination has used non-binding ILO instruments in its analysis. In a case involving the issue of voluntary and anonymous testing, the Labour Court referred to the ILO Code of Practice on HIV/AIDS and the World of Work and the ILO Code of Practice on the Protection of Workers' Personal Data in order to support its analysis of the Constitution and the interpretation of the Employment Equity

⁹⁴ See Decision of 23 May 2001, currently on appeal to the High Court.

⁹⁵ See *The State v. Makwanyane and Another*, 1995 (3) SA 391 (CC), para. 33 (case brought under the interim Constitution of 1993).

Act.⁹⁶ The South African Constitutional Court also held that when interpreting national legislation, courts should not only have regard to relevant international instruments, but also to the decisions of international bodies dealing with their application, such as United Nations treaty bodies or regional human rights courts or commissions, as well as to “reports of the ILO” which may provide guidance as to the correct interpretation of particular provisions of the Bill of Rights.⁹⁷ Similarly, the Supreme Court of Zimbabwe held that the courts of the country “were free to import” into the interpretation of the Bill of Rights interpretations of similar provisions in international human rights instruments.⁹⁸

Australian tribunals frequently rely on ILO instruments and the general surveys of the ILO Committee of Experts in order to explore the meaning of the terms used in ILO instruments. In the first case decided by the Australian Industrial Relations Commission in 1998 under the equal pay provisions of the Australian Workplace Relations Act 1996, *AMWU v. HPM Industries*, applicants sought an order requiring an enterprise in the electronic sector to pay the female process workers and packers wages equal to those received by the male general hands and store persons employed by the same employer.⁹⁹ In addition to the Equal Remuneration Convention, 1951 (No. 100), applicants used the 1986 General Survey of the Committee of Experts on the same Convention to support the view that the principle was broader than covering the same or similar work; that exceptions and limitations to the principle should be limited; and that the comparison of jobs is needed to determine equal value. The Commonwealth Government, as an intervener in this case, agreed that with regard to the principle of equal remuneration for men and women workers for work of equal value, the Commission could not only validly have regard to the terms of Convention No. 100, but also to the deliberations of the International Labour Conference and the deliberations of the supervisory machinery established under the ILO’s Constitution. The Commission concluded *inter alia* that in the absence of an agreement between the parties concerning the method of job evaluation to be used, the appropriate method to apply would be the criteria of work value. Referring to Articles 2 and 3 of the Convention, the Commission emphasized that it came “to this view because of the terms of the Convention itself and subsequent reports of the Committee of Experts”.

⁹⁶ See *PFG Building Glass (PTY) LTD v. Chemical Engineering Pulp Paper Wood and Allied Workers Union*, *op. cit.*, *supra* note 84, paras. 77, 78.

⁹⁷ See *Government of South Africa v. Grootboom*, Case CCT 11/00, Judgment of 4 October 2000, para. 26, citing the case of *S. v. Makwanyane and Another*, 1995.

⁹⁸ See *S. v. A juvenile*, 1990 (4) SA p. 151 (ZSC), cited in John Dugard, “The Role of Human Rights Treaty Standards in Domestic Law: The Southern African Experience” in Philip Alston and James Crawford (eds.), *The Future of Human Rights Treaty Monitoring*, 2000, p. 278.

⁹⁹ See *Automotive, Food, Metals, Engineering, Printing and Kindred Industries Union (AMWU) v. HPM Industries*, Case No. 239333 of 1995, Decision of 4 March 1998.

In Lesotho, the use of international labour standards in the interpretation of national legislation is facilitated by explicit provisions on this matter in the Labour Code. Section 4(a) of the Code provides that “no provision of the Code or of rules and regulations made there under shall be interpreted or applied in such a way as to derogate from the provisions of any international labour Convention which has entered into force for the Kingdom of Lesotho”. In addition to this rule concerning ratified Conventions, the Code also recognizes the authority of unratified Conventions and Recommendations with section 4(c) providing that in case of ambiguity, provisions of the Code and of any rules and regulations made there under shall be interpreted in such a way as more closely conforms with provisions of Conventions and Recommendations adopted by the Conference of the International Labour Organization.¹⁰⁰ These provisions of the Labour Code have been applied by the Labour Court of Lesotho, for instance, in the case *Paleso Peko v. The National University of Lesotho*.¹⁰¹ In this case, the female applicant had given care to her ill child and had been given sick leave by a medical doctor for that purpose. Subsequently she had been suspended from her work for unauthorized absence and the employer maintained that sick leave in such situations was not permissible. The silence of the Labour Code on the issue of leave of absence for care-giving to ill family members was viewed by the Court as an ambiguity in the sense of section 4(c) of the Labour Code which had to be resolved “in such a way as more closely conforms with the provisions of ILO Conventions and Recommendations”. On this basis, following the arguments of the applicant’s lawyers, the Court relied on the Workers with Family Responsibilities Convention, 1981 (No. 156),¹⁰² a Convention not yet ratified by Lesotho, and the accompanying Recommendation No. 165 to resolve the matter.¹⁰³ It held that the applicant was entitled to take sick leave to be at the side of her ill child.

The Decision No. 38/1981¹⁰⁴ of the Spanish Constitutional Tribunal is another illustration of the tendency to use diverse international sources for

¹⁰⁰ See Labour Code of Lesotho, 1992, Order No. 24 of 1992.

¹⁰¹ See *Paleso Peko v. The National University*, Case No. LC 33/95, Judgement of 1 August 1995.

¹⁰² As of 1 June 2004, the Convention had been ratified by 36 ILO Members States. While Convention No. 111 covers equality between men and women having family responsibilities, Convention No. 156 requires, in addition, effective equality of opportunity and treatment between workers with and without such responsibilities. See *Equality in Employment and Occupation, Special Survey on Equality in Employment and Occupation in respect of Convention No. 111*, International Labour Conference, 83rd Session, 1996, *Report III (Part 4B)*, para. 54.

¹⁰³ The Court referred to Article 3 of Convention No. 156 which aims at promoting the right of workers with family responsibilities to engage in employment without discrimination, Article 4(b) which calls for measures to be taken to take account of the needs of such workers in respect to terms and conditions of employment, and paragraph 23 of Recommendation No. 165 which provides that “it should be possible for a worker, man or woman, with family responsibilities in relation to a dependent child to obtain leave of absence in the case of its illness.”

¹⁰⁴ See TC 38/1981, 23 November 1981, published in *Boletín oficial del Estado*, No. 305.

the purpose of interpretation of national law. In this case, the Constitutional Tribunal had been seized by employees who had been made redundant the day after they had submitted their candidature to become workers' representatives. The Constitutional Tribunal had to decide whether, according to the Spanish Constitution, the specific protection against antiunion discrimination, expressly granted by law to the workers representatives, had to be extended to the candidates to this position. The case also raised the issue of the burden of proof since the employees had not succeeded in proving the discriminatory nature of their dismissal before the ordinary tribunals. The Constitutional Tribunal thus had to determine whether in cases of alleged antiunion discrimination, courts had to reverse the burden of proof in spite of the absence of specific legislation in this regard. On both legal issues, the Constitutional Tribunal relied on non-binding ILO sources. The Tribunal justified this method by stating that international labour Recommendations, even though non-binding, could be used to interpret the provisions of the international labour Conventions, and therefore, albeit indirectly, to interpret the fundamental rights protected by the Constitution.¹⁰⁵ Concerning the protection of workers' representatives candidates against discriminatory dismissal, the Tribunal stated that the right to reinstatement should not be limited to workers' representatives since the violation of fundamental rights of every employee had to entail their full restoration. In this respect, the Tribunal strengthened its position by referring to paragraph 7(1) of the Workers' Representatives Recommendation, 1971 (No. 143).¹⁰⁶ Regarding burden of proof, the Tribunal mainly relied on paragraph 6 of the same Recommendation¹⁰⁷ and on relevant decisions of the ILO Committee on Freedom of Association, both sources calling for the reversal of burden of proof in disputes involving antiunion discrimination. Using the wording of Article 11 of Convention No. 87, the Tribunal held that this solution was part of the necessary and appropriate measures called upon by Conventions Nos. 87, 98 and 135 in order to ensure to workers the effective right to organize.

¹⁰⁵ For more on the use of international law by the Spanish Constitutional Tribunal, see Alejandro Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo general del Poder judicial, Madrid, 1999.

¹⁰⁶ Paragraph 7(1) of Recommendation No. 143 reads as follows: "Protection afforded under paragraph 5 of this Recommendation should also apply to workers who are candidates, or have been nominated as candidates through such appropriate procedures as may exist, for election or appointment as workers' representatives".

¹⁰⁷ Paragraph 6(2)(e) of Recommendation No.143 reads as follows: "Where there are not sufficient relevant protective measures applicable to workers in general, specific measures should be taken to ensure effective protection of workers' representatives [...] These might include such measures as the following: [...] provision for laying upon the employer, in the case of any alleged discriminatory dismissal or unfavourable change in the conditions of employment of a workers' representative, the burden of proving that such action was justified".

3. *The development of domestic law*

The reference to international labour law also proves useful when domestic courts in monist and dualist systems, facing insufficient statutory provisions, have to create jurisprudential principles to settle labour disputes. Under such circumstances, international human rights and labour standards are considered by some courts as a valid source of inspiration in order to develop their case law. Such an indirect use of international labour law can particularly be noticed in common law countries where the role of courts and tribunals in developing labour law is often important.¹⁰⁸ The legal reasoning used by the courts to justify the reliance on international labour standards as a source of inspiration can vary from a country to another.

In India, in the well-known case of *Vishaka v. State of Rajasthan*,¹⁰⁹ the Supreme Court considered that international human rights law had to be taken into account by the court in order to give effect to those rights recognized by the Indian Bill of Rights but not protected yet by a precise legislation. Accordingly, in that case, the Indian Supreme Court relied heavily on international instruments and jurisprudence to develop a set of guidelines and norms for the protection of women from sexual harassment in the workplace.

Other dualist common law jurisdictions explicitly recognize international labour standards as authority to determine labour cases on the basis of equity or principles and practices of good industrial relations. This is, for instance, the case in Botswana and Trinidad and Tobago. In Botswana, the Industrial Court has regularly stated that “as the Industrial Court is not only a court of law but also a court of equity, it applies rules of natural justice, or rules of equity as they are sometimes called, when determining trade disputes. These rules of equity are derived from the common law as well as from Conventions and Recommendations of the International Labour Organization (ILO)”.¹¹⁰ On this basis and since there is no precise legislation on this issue, the Industrial Court has frequently relied on the Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158), an instrument not yet ratified by Botswana, in order to determine the procedural and substantial conditions of a fair dismissal. An illustration of the role given to Convention No. 158 in this regard can be found in the

¹⁰⁸ For more on the use of international law for the development of common law principles, see John Laws, “Application of International Human Rights Law in Britain” in Commonwealth Secretariat (ed.), *Developing Human Rights Jurisprudence – Seventh Judicial Colloquium on the Domestic Application of International Human Rights Norms*, vol. 7, 1998, 69.

¹⁰⁹ See Supreme Court of India, *Vishaka v. State of Rajasthan*, Writ Petition (ERL), No. 666-70 of 1992, reprinted with annotations in *International Labour Law Reports*, vol. 17, 1999, pp. 172-181.

¹¹⁰ See, for instance, *Thandi Marope v. Botswana Diamond Valuing Company (PTY) LTD*, Case No. IC 68/97, and *Edison Monare/Botswana Ash (PTY) LTD*, 31 October 2003, Case No. IC 112/98.

case *News paper editorial and management services (PTY) LTD / Joel Sebonego*.¹¹¹ The Industrial Court had to determine the conditions under which a dismissal on the grounds of illness was valid. In the absence of legal provisions, the Court based its reasoning on Articles 4 and 6 of Convention No. 158.¹¹² The Court stated that illness could be considered as a valid reason for dismissal to the extent that it would affect the performance or capacity of the worker and that, as such, temporary absence to work because of illness could not justify the termination of employment.

In Trinidad and Tobago, according to the Industrial Relations Act,¹¹³ the Industrial Court must control whether dismissals are in conformity with “principles of good industrial relations practice”. Since the Act neither defines what is meant by “good industrial relations practice” applying to termination of employment nor identifies the sources upon which the Court may rely to determine them, the Industrial Court uses ILO instruments on dismissal, even though these instruments have not yet been ratified by Trinidad and Tobago, both as a source of inspiration and as a support to reinforce the validity of its reasoning.¹¹⁴ As a result, with no direct statutory basis, the Court has been able to recognize that any dismissal shall be based on a valid reason as well as the right of the employee to a prior hearing. The case *Bank & General Workers’ Union / Public Service Association of Trinidad & Tobago*¹¹⁵ shows how the Industrial Court has been relying on international labour standards to develop the domestic law concerning dismissal. In this dispute, the Court had to determine whether an employee, with a long record of disciplinary problems, could nonetheless avail himself of the right to be heard before being dismissed. Confirming a well-established jurisprudence, the Court first underlined that the right of the employee to be heard was a “fundamental principle of natural justice” reaffirmed by relevant ILO instruments. Indeed, using almost textually Article 7 of ILO Convention

¹¹¹ See *News paper editorial and management services (PTY) LTD / Joel Sebonego*, Industrial Court of Botswana, 23 April 1999, Case No. IC 64/98.

¹¹² Article 4 of Convention No. 158 provides that “the employment of a worker shall not be terminated unless there is a valid reason for such termination connected with the capacity or conduct of the worker or based on the operational requirements of the undertaking, establishment or service.” Article 6 of Convention No. 158 lists “valid reasons” for termination.

¹¹³ Article 10.5 of the Industrial Relations Act of Trinidad and Tobago reads as follows: “An order under subsection (4) may be made where, in the opinion of the Court, a worker has been dismissed in circumstances that are harsh and oppressive or not in accordance with the principles of good industrial relations practice.”

¹¹⁴ See, for instance, Industrial Court of Trinidad & Tobago, *OWTU and Trinidad and Tobago Electricity Commission*, Trade dispute 15/A 1982; *Barclays Bank and Barclays Employees Union*, Trade dispute No. 98 of 1997; *Bank and General Workers’ Union / Home Mortgage Bank*, 23 April 1998, Trade dispute No. 140 of 1997.

¹¹⁵ See Industrial Court of Trinidad & Tobago, 27 April 2001, Trade dispute No. 15 of 2000.

No. 158,¹¹⁶ the judges declared that omitting a prior discussion with the employee is only justified in cases “where the employer cannot reasonably be expected to give that opportunity to the worker”. The Court went on to say that in order to be exempt from the mandatory prior hearing, the employer had to prove that such a discussion could not in any way change his/her decision to dismiss the employee. The Court then concluded that such a condition was not met in that particular dispute and that the worker was entitled to compensation.

V. Concluding remarks

Based on the above analysis it is apparent that the prevailing system of incorporation of international law in domestic law influences, to some extent, the way in which international labour instruments can be used in and by domestic courts. However, this applies mainly to the question whether or not an international treaty norm can be used by the courts “directly” or “statute-like”, i.e. as a source of law in its own right. The issue of incorporation is far less important when international labour Conventions and Recommendations and other ILO instruments are used as persuasive authority, interpretative guide or source of information or inspiration. The use of international labour standards as a tool for interpretation is indeed an increasingly common feature of monist and dualist jurisdictions. One can also conclude that no clear-cut categorization of different uses is possible, with interpretative forms of usage in both monist and dualist systems sometimes amounting to quasi-statute-like application.

It appears that in practice the degree to which courts refer to international instruments is considerably determined by the prevailing “legal culture” with regard to openness and awareness of international law rather than the system of incorporation.¹¹⁷ While, in 1982, Leary was pointing out that surprisingly

¹¹⁶ Article 7 of Convention No. 158 provides that “the employment of a worker shall not be terminated for reasons related to the worker’s conduct or performance before he is provided an opportunity to defend himself against the allegations made, unless the employer cannot reasonably be expected to provide this opportunity”.

¹¹⁷ This point is stressed by Higgins, *op. cit.*, *supra* note 28, p. 206. A case in point here is the jurisprudence of the highest courts of Canada and Japan on freedom of association. While the Supreme Court of “dualist” Canada has consistently relied on ILO Convention No. 87 and the practice of the ILO supervisory organs in regard to the right to strike, the Constitutional Court in “monist” Japan has been more hesitant to do so. For an analysis of the reliance on ILO Conventions and findings of ILO supervisory bodies by the Canadian and Japanese courts, see Yuji Iwasawa, “The Domestic Impact of International Human Rights Standards: The Japanese Experience” in Philip Alston and James Crawford (eds.), *The Future of Human Rights Treaty Monitoring*, 2000, p. 245.

courts in some monist systems appeared to be somewhat hesitant to rely on ratified international labour conventions,¹¹⁸ there are now signs of a possible trend pointing to the opposite direction. At the same time, some dualist jurisdictions have developed methods to rely effectively on international law and practice despite the requirement of statutory incorporation. Hence further demystification of the use of international law in domestic courts, exposure of the value added that international labour standards can bring to labour dispute settlement, and effective capacity building should replace unreasonable attachment to rigid doctrinal notions on incorporation.

The review of jurisprudence undertaken in this article shows that courts and tribunals in all parts of the world have proven to be innovative in using international labour instruments. In many instances judicial creativity based on international instruments has helped to protect human rights and to promote social justice. The cases of the Indian Supreme Court come in mind here. The use of international standards in national courts is not meant to circumvent the national legislature nor is such use possible or useful in all circumstances. It is rather a way to enrich and improve domestic judicial decision-making in developing and developed countries, in accordance with the prevailing legal environment. The base-line should be that it is up to the national law and practice to decide on the importance given to international law in domestic judicial processes. The wave of new constitutions giving greater weight to international law is a trend that may be a magnet. Further, academic writing in the field of international law recognizes a trend towards “judicial globalization” with signs of increased use of international law and foreign jurisprudence in domestic courts, which is facilitated by the emergence of new information technologies.¹¹⁹ Nevertheless, further steps need to be taken to enhance global access to international labour law, including local language versions of international labour instruments.¹²⁰

In the context of economic globalization, labour law and its enforcement through national courts and tribunals remain important to achieve social justice.¹²¹ The training of judges and lawyers on the content and use of international labour instruments is an important contribution to the strengthening of

¹¹⁸ See Leary, *op. cit.*, *supra* note 17, p. 148.

¹¹⁹ See Anne-Marie Slaughter, “Judicial Globalization”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 2000, p. 1103; Karen Knop, “Here and There: International Law in Domestic Courts”, *New York University Journal of International Law and Policy*, vol. 32, 2000, p. 501; Artemio V. Panganiban, “Judicial Globalization”, lecture delivered at the First Australasia Judicial Educators Forum (AJEF), Feb. 2003, Manila, Philippines (text available at http://www.cdi.anu.edu.au/philippines/philippines_downloads/PhilJudgolbal.pdf).

¹²⁰ A proposal for further research in this regard would be to examine how and to which extent the text of ratified Conventions is available to national judiciaries in local languages.

¹²¹ See *A Fair Globalization. The role of the ILO*, Report of the Director-General on the World Commission on the Social Dimension of Globalization, ILO, 2004.

national capacity in the field of labour dispute settlement and the promotion of better application of international labour standards at the national level. Such training, however, has to go hand in hand with assistance to improve, more generally, national legal education for judges, court management and infrastructure. Efforts need to be targeted not only at the courts, but also at other bodies competent to deal with labour disputes, such as labour tribunals and commissions. Further, training is not only useful for judges, but also for lawyers which are in a position to bring international standards to the attention of courts and workers' and employers' representatives involved in dispute settlement, sometimes as assessors or lay judges. Bringing international labour standards closer to these target groups will be an asset in boosting social justice at a strategic entry point and certainly a contribution to promoting the kind of international rule of law for which Nicolas Valticos stood.

Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional

*Geraldo von Potobsky**

I. Introducción

El tema de la incorporación de las normas internacionales del trabajo al orden jurídico interno de los países está despertando un interés práctico creciente, al que contribuyen los numerosos seminarios organizados estos últimos años por la Oficina Internacional del Trabajo y el Centro de Formación Internacional de la OIT en Turín, para miembros del poder judicial, académicos y asesores jurídicos de las organizaciones de trabajadores y empleadores.

La cuestión ya había sido examinada por Nicolás Valticos en varios de sus artículos¹ y en sus tratados sobre Derecho Internacional del Trabajo, particularmente en relación con el efecto de las normas autoejecutivas (*self-executing*) y el conflicto entre las normas internacionales incorporadas y el derecho nacional. Virginia Leary, académica norteamericana y ex funcionaria del Departamento de Normas de la OIT, dedicó todo un libro a la incorporación automática de las normas, con un estudio detallado de las diversas facetas de este tema.² En América Latina el tema ha sido tratado en años recientes por distintos autores en relación con el orden jurídico de sus respectivos países.³

* Ex Jefe del Servicio de Aplicación de Convenios y Recomendaciones y del Servicio de Libertad Sindical.

¹ Véase Nicolas Valticos, «Conventions internationales du travail et droit interne», *Revue critique de droit international privé*, 1955, No. 2, págs. 251-288; *Id.*, «Les Conventions internationales devant le juge français», *Revue critique de droit international privé*, 1964, No.1, págs. 41-72; *Id.*, «Droit international du travail et droit interne français», *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1973-1975, Paris, 1977, págs. 11-37.

² Véase Virginia Leary, *International Labour Conventions and National Law*, 1982.

³ En particular, Octavio Racciatti, «Los convenios internacionales del trabajo y las leyes posteriores a su ratificación», *Derecho Laboral*, Montevideo, enero-junio 1994; G. von Potobsky, «Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo: una nueva dimensión en el orden jurídico interno?», *Derecho del Trabajo*, Bs. Aires, marzo 1997; Carlos E. Molina, «Incorporación de las normas internacionales en Colombia», *Actualidad Laboral y Seguridad Social*, Bogotá, nov.-dic. 2001 y *Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el ordenamiento interno* (libro de próxima publicación en Colombia).

El objeto de este trabajo es de analizar la cuestión con referencia a los diversos tipos de normas (autoejecutivas o de operatividad directa, promocionales, etc.), sus efectos y judiciabilidad. Para ello se pasará revista a la naturaleza de los convenios de la OIT, su jerarquía en el orden jurídico nacional, la introducción en el orden jurídico de los países, la operatividad propia de las normas y la jurisprudencia comparada (con especial referencia a la Argentina), el efecto vertical de las normas y los efectos de las normas promocionales.

II. Naturaleza jurídica de las normas

En un comienzo, después de su introducción con la creación de la OIT en 1919, la especificidad de los convenios internacionales del trabajo dio lugar a prolongadas discusiones en torno a la distinción hecha en derecho internacional entre los tratados-leyes y los tratados-contratos. Los que sostenían la primera tesis acentuaban el carácter normativo de los convenios, cuya ratificación implicaba la adhesión a un instrumento legislativo internacional preexistente. En cambio, los autores que se inclinaban en favor de los tratados-contratos ponían énfasis en el acuerdo de voluntades necesario para la existencia de dicho instrumento y en la ratificación necesaria para darle un carácter ejecutivo. Entre los juristas latinoamericanos se aplicó a los convenios la distinción hecha por Jiménez de Aréchaga entre acto-regla y acto-condición. El acto-regla era la adopción por la Conferencia Internacional del Trabajo de un convenio, mientras que el acto-condición era su ratificación por un Estado, de la cual emanaba su obligatoriedad para este último. Plá Rodríguez aclaraba que las obligaciones contraídas mediante la ratificación de esta «especie de tratado-regla de carácter multilateral» lo son frente a la OIT y no frente a los demás Estados ratificantes, lo que no impedía que ciertos convenios (sobre todo de seguridad social) contengan cláusulas sinalagmáticas o de reciprocidad para los países que los han ratificado.

Valticos destacaba entre las características o particularidades de los convenios, su adopción por una asamblea internacional de tipo parlamentario, de carácter tripartito y no sólo gubernamental; su eficacia especial por las obligaciones que crean antes de su ratificación (sumisión a las autoridades nacionales competentes, información sobre su grado de aplicación); y el elaborado sistema de control de su aplicación después de ratificados. Los convenios sólo crean compromisos internacionales de aplicación después de su ratificación.

Los convenios de la OIT siempre han sido asimilados a los tratados en cuanto a los efectos reconocidos a estos instrumentos. La doctrina y práctica internacionales son pacíficas al respecto.

III. Jerarquía de los convenios en el orden jurídico nacional

La jerarquía de los convenios en la escala normativa nacional depende de lo establecido en las respectivas constituciones con respecto a los tratados ratificados.

Holanda constituye el ejemplo clásico de un país en el que los tratados ocupan un rango superior a la propia Constitución, pero en caso de contradecirla su aprobación requiere los dos tercios de los votos escrutados.

Rango constitucional, formando parte del bloque de constitucionalidad de derechos humanos, tienen los tratados con derechos de esta naturaleza en Brasil, Colombia (siempre que estos tratados prohíban su limitación durante los estados de excepción), Nicaragua, Paraguay y Uruguay. La Constitución de Perú de 1978 fue precursora en esta materia, pero ya no figura en esta categoría la Constitución de 1993. En Argentina la reforma de la Constitución en 1994 confirmó rango constitucional a once instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales de la persona y dispuso la mayoría parlamentaria necesaria para incorporar nuevos instrumentos de esta naturaleza.⁴

Tienen rango supralegal los tratados en Alemania, Bélgica, España, Francia, Suiza y Japón. En América Latina es el régimen, por ejemplo, en Argentina, Costa Rica, El Salvador, Honduras y Paraguay.

Finalmente, los tratados son jerárquicamente iguales a las leyes en la mayoría de los demás países, entre los que se encuentran los Estados Unidos, Colombia, Ecuador, México, Venezuela y Uruguay (jurisprudencia mayoritaria).

Es importante la consecuencia jurídica y práctica de la ubicación de un convenio de la OIT en la jerarquía normativa de un país. En un régimen de paridad jerárquica, un convenio ratificado deroga una ley contraria anterior, pero ese convenio puede a su vez quedar sin efecto por una ley posterior. No se trata de una derogación del convenio, porque sólo su denuncia puede desligar a un país de las obligaciones frente a la comunidad internacional. Estas obligaciones siguen subsistiendo, pero en el orden interno la ley posterior prevalecerá sobre el convenio anterior.

En cambio, si el convenio ratificado tiene un carácter supralegal, quedarán sin efecto las disposiciones legales contrarias, tanto si son anteriores como posteriores a la ratificación. Las mismas podrán ser tachadas de inconstitucionales por

⁴ Entre estos instrumentos figuran el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Ambos Pactos mencionan el Convenio núm. 87 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, en el sentido de que ninguna disposición de estos instrumentos autoriza a los Estados partes a «adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías». En base a lo anterior una autorizada doctrina juslaboralista ha concluido que el Convenio núm. 87 goza ahora de jerarquía constitucional en Argentina.

oponerse a una norma jerárquicamente superior en la pirámide normativa. A su vez el propio convenio no puede contradecir los principios constitucionales, que constituyen el punto culminante de esta pirámide. Pero la suprallegalidad queda relegada por toda norma nacional, anterior o posterior a un convenio ratificado, si la misma contiene disposiciones más favorables a los trabajadores.

En efecto, según la Constitución de la OIT, en ningún caso la ratificación (por sí sola) de un convenio menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en dicho instrumento (artículo 19, párrafo 8). Esta disposición, sin embargo, no impone la obligación a ningún Estado de mantener normas superiores a las prescritas en un convenio.

IV. Introducción de los convenios en el orden jurídico nacional

Cualquiera sea el rango jerárquico de los convenios, el problema que más interesa es el de su efectividad en el orden jurídico interno de los países, que depende básicamente del régimen nacional de introducción en dicho orden, así como del grado de operatividad de los convenios y sus normas. En estos casos el rol de las instancias judiciales y su enfoque pueden resultar determinantes. Pero muchas veces se trata también de un problema de conocimiento de la normativa internacional, inclusive su interpretación por los órganos de control de la OIT. Este problema concierne tanto a los jueces como al asesoramiento jurídico de los litigantes.

Como es sabido, el régimen nacional de introducción de los convenios depende, en principio, del sistema monista o dualista que hayan adoptado los países. Conforme a la doctrina general, en el sistema monista no existe una separación entre el orden jurídico internacional y el interno, al punto que la pirámide kelseniana abarca ambas jurisdicciones. Una vez ratificado y publicado un tratado o convenio se incorpora automáticamente al orden interno. En el sistema dualista el derecho internacional y el nacional constituyen dos regímenes separados, por lo cual los tratados ratificados requieren un acto formal de incorporación al orden interno. Puede tratarse de un texto nuevo en armonía con el instrumento internacional, o modificadorio de disposiciones existentes, o derogatorio de normas contrarias.

El Reino Unido, Australia y Canadá son ejemplos típicos de países que siguen el sistema dualista. En cambio, han adoptado el sistema monista por vía constitucional, entre otros, España, Francia, Países Bajos, Estados Unidos, México, Uruguay, Colombia (específicamente para los convenios internacionales del trabajo, en un sentido amplio). En Alemania e Italia es costumbre que la

ley de ratificación de un tratado le reconozca vigencia interna. Bélgica también figura entre los países monistas en virtud de la jurisprudencia reinante.

La Argentina constituye un caso interesante de evolución jurisprudencial en la materia. La doctrina mayoritaria tradicional, basada en la Constitución, se ha pronunciado en favor de su carácter monista. En cuanto a la Corte Suprema, se ha fundado en sus fallos en la naturaleza de los respectivos instrumentos internacionales, teniendo en cuenta la operatividad propia de los mismos o sus cláusulas, o en la aparente necesidad de una intervención legislativa previa. Esta última ha sido la posición tomada tradicionalmente con respecto a los convenios de la OIT.

A partir de 1992 la Corte adoptó decididamente una posición monista al declarar que «Cuando la Nación ratifica un tratado con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos *administrativos y jurisdiccionales* lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata».⁵ En otras palabras, la intermediación de un acto legislativo, característica de los sistema dualistas, es innecesaria en un sistema monista cuando se trata de normas internacionales de operatividad propia o autoejecutivas.

Los alcances de un sistema monista dependen, en definitiva, de la naturaleza de las normas internacionales y la interpretación judicial que se les dé en relación con su operatividad directa. Esta última puede ser manifiesta en cuanto a la posibilidad de su aplicación a través organismos administrativos o judiciales. También puede resultar de una construcción jurídica aperturista hacia el derecho internacional. Como veremos, dicha apertura se está confirmando en lo que se refiere a los principios y las normas en materia de derechos humanos.

Con respecto a los convenios de la OIT, el insuficiente conocimiento de los mismos en numerosos países contribuye a que sus usuarios potenciales (autoridades administrativas, jueces, trabajadores, empleadores, abogados) no los invoquen o apliquen aun cuando sus normas tengan vigencia y puedan haber derogado disposiciones de la legislación interna. Por este motivo, para evitar toda duda sobre la aplicación de los convenios, su relación con el derecho interno y los problemas derivados del desconocimiento de los convenios, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT recomendó hace tiempo ya «armonizar también formalmente la ley nacional con el convenio (derogando o modificando expresamente las leyes o códigos anteriores en los puntos cubiertos por el convenio), a fin de que no haya duda o incertidumbre en cuanto a la situación legal»; y ha insistido en «la utilidad de las medidas destinadas a señalar a la atención de todos los interesados (jueces, inspectores del trabajo, empleadores y trabajadores) las normas contenidas en los convenios que

⁵ Caso *Ekmekdjian, Miguel Angel c. Sofovich y otras, El Derecho*, págs. 148-338.

han sido incorporados de pleno derecho en la legislación nacional».⁶ Gracias a la importante tarea de difusión de las normas internacionales del trabajo, sobre todo en lo que concierne a los derechos fundamentales, el conocimiento y el recurso a las mismas ha ido mejorando. Lo atestiguan los crecientes fallos judiciales citados más adelante, así como la activa participación de las organizaciones profesionales en los procedimientos de control de la OIT.

Corresponde ahora entrar en el meollo de una de las facetas de la efectividad de los convenios de la OIT y su introducción en el orden jurídico interno.

V. La operatividad propia de las normas de la OIT

Interesa introducir el tema mediante una breve referencia al origen de la doctrina sobre las normas «self-executing». Fue el juez Marshall, de los Estados Unidos, quien inició el tema a raíz de la interpretación de la Constitución de 1828.⁷ Esta dispone que los tratados serán ley suprema de la nación y que los jueces estarán obligados por los mismos, a pesar de las normas constitucionales o legislativas de los Estados que se opongan a los mismos. Los jueces deben considerar un tratado como equivalente a un acto legislativo «siempre que opere por sí mismo sin la ayuda de una disposición legislativa». En cambio, si cualquiera de las partes se compromete a realizar un acto determinado, cabe entender que el tratado se dirige a las instancias políticas y no a las judiciales; y en ese caso corresponde al legislador dar ejecución al tratado para que éste se transforme en una norma destinada a ser aplicada por los jueces.

Parte de la doctrina norteamericana ha concedido posteriormente un mayor espacio al potencial de operatividad propia de las normas internacionales, al aceptar que los actos de aplicación previstos en un tratado puedan ser cumplidos también por las autoridades administrativas y judiciales.

Tres son los criterios elaborados para determinar el carácter autoejecutivo de las disposiciones de un tratado: la intención de las partes; la precisión y los detalles de los términos utilizados; y la relación del tema con las facultades de la rama judicial, más que de las ramas legislativa o ejecutiva. En la práctica, sin embargo, las consideraciones de orden político pueden ser tan importantes como las de carácter técnico en la determinación judicial de la naturaleza autoejecutiva de las disposiciones de un tratado.

⁶ Véase Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 47.^a reunión, 1963, *Informe III (Parte IV)*, pág. 11, párr. 31.

⁷ Véase sobre esta cuestión Leary, *op.cit.*, *supra* nota 2, pág. 55 y sigs.

En la Argentina, la Corte Suprema ha ensayado una escueta definición de norma operativa señalando que la misma debe estar «dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar sin necesidad de instituciones que debe establecer el Congreso». Fue en el fallo *Ekmekdjian c. Sofovich*, en el que el tribunal confirmó su apertura hacia una interpretación más favorable a la operatividad propia de las normas internacionales. Se trataba de la aplicación directa del artículo 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos, relativo al derecho de rectificación o de respuesta en materia de prensa. Basándose en la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el tribunal consideró que el supuesto previsto en dicho artículo es claro y terminante en cuanto otorga en las situaciones que allí se describen, el derecho de rectificación o respuesta, aunque remita a la ley aquellas particularidades concernientes a su reglamentación («en las condiciones que establezca la ley»). Para la Corte Suprema, la interpretación textual del artículo, conforme al cual toda persona «tiene derecho» despeja toda duda «sobre su carácter operativo».

En el caso de los convenios de la OIT, la Comisión de Expertos había señalado que en general se dirigen a los Estados que los ratifican a fin de obligarlos a reglamentar una cuestión en un sentido determinado. En realidad, los convenios y sus normas pueden ser de distinta naturaleza: convenios llamados promocionales o que contengan normas generales de este carácter, normas programáticas, normas con directivas específicas sobre temas determinados, normas que reconocen derechos subjetivos conforme a las condiciones impuestas por los Estados, y también normas autoejecutivas por ser precisas y no condicionadas, garantizando derechos o imponiendo obligaciones.

La existencia de normas de operatividad propia o directa había sido reconocida ya en los primeros años de la Organización. En efecto, en un comienzo los convenios contenían una cláusula por la que se obligaba a los Estados «a tomar las medidas necesarias para el cumplimiento» de las disposiciones respectivas para determinada fecha. Esta cláusula fue abandonada después de 1927 ya que se la interpretaba en el sentido de que las disposiciones del convenio no eran de aplicación directa sino que para ello necesitaban una legislación intermedia. Este no había sido el propósito, pues no se deseaba interferir con una posible operatividad directa de tales disposiciones.

El hecho de que un convenio aun contenga, en forma general, una disposición en ese sentido, no impide que sus normas tengan operatividad propia. Así sucede, por ejemplo, con el Convenio núm. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (art. 1). Cuando el gobierno de Suiza examinaba la posibilidad de ratificar este instrumento en 1974, consideró que esta disposición estaba dirigida especialmente a los Estados con sistemas jurídicos dualistas, lo cual no era el caso de este país. Para las autoridades suizas las normas del Convenio tenían carácter autoejecutivo.

En Italia y los Países Bajos las autoridades llegaron a la misma conclusión con respecto a los artículos 2 y 3 del mencionado convenio. El primero reconoce el derecho de los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, de constituir las organizaciones que estimen conveniente, así como de afiliarse a ellas, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas. El artículo 3 afirma el derecho de las organizaciones de empleadores y de trabajadores de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, de elegir libremente a sus representantes, de organizar su administración y actividades, y de formular su programa de acción. Las autoridades deben abstenerse de toda intervención que limite este derecho o entorpezca su ejercicio legal.

Entre los convenios encontramos normas autoejecutivas en instrumentos importantes sobre condiciones de trabajo como el Convenio núm. 1 sobre las horas de trabajo (industria), 1919, el Convenio núm. 95 sobre protección del salario, 1949, el Convenio núm. 108 sobre los documentos de identidad de la gente de mar, 1958, el Convenio núm. 120 sobre la higiene (comercio y oficinas), 1964, el Convenio núm. 132 sobre las vacaciones pagadas (revisado), 1970, el Convenio núm. 136 sobre el benceno, 1971, el Convenio núm. 138 sobre la edad mínima, 1973, el Convenio núm. 170 sobre los productos químicos, 1990, el Convenio núm. 171 sobre el trabajo nocturno, 1990, el Convenio núm. 183 sobre la protección de la maternidad, 2000, y otros.

En todos estos convenios (así como en otros) figuran, en mayor o menor grado, disposiciones con operatividad propia, que reconociendo derechos o imponiendo obligaciones pueden ser aplicadas directamente o por intermedio de órganos administrativos o jurisdiccionales.

1. Operatividad propia y jurisprudencia comparada

Los tribunales de numerosos países han reconocido en sus fallos el carácter operativo de diversas normas contenidas en los convenios de la OIT.⁸ No han sido óbice para su aplicación directa ciertas cláusulas contenidas en los convenios que apuntan a una intermediación normativa previa a nivel nacional. Fórmulas tales como «todo Estado miembro que ratifique el Convenio se obliga» a tomar las medidas relativas a su puesta en práctica, o «en las condiciones que en cada país se determinen por la autoridad competente o el organismo apropiado» no han impedido que los jueces recurran a dichas normas como fundamento jurídico de sus fallos. Interesa observar que las referencias judiciales pueden ser a deter-

⁸ Además de los ejemplos expuestos a continuación, pueden verse otros en Nicolas Valticos y Gerald von Potobsky, *International Labour Law*, 1995, pág. 280; Leary, *op. cit.*, *supra* nota 2, pág. 107.

minados artículos de un convenio, o a un convenio en su integridad. También cabe notar que se ha reconocido operatividad directa a convenios que pertenecen a la categoría de promocionales, como los Convenios núms. 100 y 111 relativos a la igualdad de remuneración y la discriminación en el empleo y ocupación, tema que será examinado más adelante. Veamos por de pronto una serie de ejemplos de lo anotado, que cubren una diversidad de países y de regímenes jurídicos.

Uno de los ejemplos más antiguos es el examinado por la Corte de Casación de Francia (caso «Castanié») en 1934, cuando dio aplicación directa al artículo 1, párrafo 1 del Convenio núm. 19 sobre la igualdad de trato (accidentes de trabajo), 1925. Este dispone que el Estado que lo ratifica se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro Estado miembro que lo haya ratificado, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por tales accidentes.

En Chile la Corte Suprema se basó en el Convenio núm. 87, en el Convenio núm. 98 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1949 y en el Convenio núm. 135 sobre los representantes de los trabajadores, 1971, para conceder protección a varios representantes sindicales despedidos, a quienes reconoció este carácter desde el momento de su elección, independientemente de que el empleador hubiera sido informado y de que se haya constituido legalmente el sindicato.⁹

El tema del despido de delegados sindicales y trabajadores sindicalizados también ha sido examinado en distintas causas por la Corte Suprema de Costa Rica, la cual invocó la violación de los convenios mencionados, además de otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos, para declarar la improcedencia de la medida.¹⁰

El mismo tribunal consideró como contraria al Convenio núm. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, la disposición del Código de Trabajo que prohíbe la contratación de trabajadores extranjeros por encima de un determinado porcentaje de la plantilla.¹¹ En otro caso condenó al Estado al pago de primas de riesgo invocando el Convenio núm. 148 sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), 1977 y el Convenio núm. 120 sobre la higiene (comercio y oficinas), 1964.¹²

En España la justicia se ha basado varias veces en el artículo 6, párrafo 2 del Convenio núm. 132 sobre las vacaciones pagadas, el cual estipula que los días de enfermedad o de accidente no podrán ser contados como parte de las vacaciones anuales, aun cuando ese mismo artículo somete esa regla a las condiciones

⁹ Caso *Victor Amestica c. Santa Isabel S.A.*, 19 de octubre de 2000.

¹⁰ Casos *Varios operarios industriales c. Fertilizantes de Centro América S.A.*, 3 de diciembre de 1999; *Adrián Gómez y otros c. Bananera Cochola S.A.*, recurso de amparo, 1993 (núm. 5000-93); *Varios representantes sindicales c. Instituto Costarricense de Ferrocarriles*, 7 de diciembre 2000.

¹¹ Caso *Magda González Salas*, acción de inconstitucionalidad (núm. 00616-99), 29 de enero de 1999.

¹² Caso *Varios funcionarios del Poder Judicial c. Estado*, 10 de diciembre de 2001.

que determinen las autoridades u organismos apropiados. La misma aplicación directa ha recibido el artículo 7 relativo al monto de la remuneración durante el período de vacaciones.

Francia ofrece nuevamente un ejemplo de aplicación directa por la justicia de normas de la OIT, en relación con el Convenio núm. 81 sobre inspección del trabajo, 1947, basándose en su artículo 12, que reconoce el derecho de los inspectores de interrogar, solos o ante testigos, al empleador o al personal de la empresa.¹³

En Israel la Magistratura Nacional del Trabajo anuló la disposición de un convenio colectivo que negaba el acceso de mujeres a ciertos puestos directivos, invocando el mencionado Convenio núm. 111 sobre la discriminación.¹⁴ En otro fallo rechazó la oposición a la constitución de un nuevo sindicato, adicional al que ya existía en la empresa, basándose en los Convenios núms. 87 y 98 sobre libertad sindical y derecho de sindicación.¹⁵

El Convenio núm. 100 sobre igualdad de remuneración, 1951 ha sido aplicado directamente en Italia por la Cámara de Apelaciones de Turín, que anuló un convenio colectivo por atribuir una remuneración inferior al personal de sexo femenino.¹⁶ El Tribunal de Primera Instancia de Turín, por su parte, llenando una laguna de la legislación decidió dar aplicación directa al artículo 5 del Convenio núm. 132 sobre vacaciones pagadas, 1970, por el cual las ausencias del trabajador por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del período de servicio.¹⁷

En Paraguay la Corte Suprema declaró inconstitucional el decreto 16.769 de 1992 por el cual se regulaban las elecciones sindicales y se condicionaba la inscripción de las organizaciones, así como el reconocimiento de sus dirigentes, por contrariar el artículo 3 del Convenio núm. 87, que prohíbe la intervención de las autoridades en la vida interna del sindicato.¹⁸

El Convenio núm. 87 también ha sido invocado en Rumania, por el Tribunal de Primera Instancia de Brasov. En un caso fue para dejar sin efecto la disposición de la ley núm. 54/1991 sobre sindicatos que prohíbe el reconocimiento de una organización cuando sus afiliados no están empleados en la empresa respectiva en el momento de su constitución, y en otro por considerar violatorio del convenio el requisito de que también los dirigentes de un sindicato debían pertenecer a tal empresa.¹⁹

¹³ Véase *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 100, 1981, núm. 1.

¹⁴ Caso *El-Al Airlines c. Edna Hazin*, 1973.

¹⁵ Caso *Markovich, Leon c. Histadrut*, 1975.

¹⁶ Caso *Lanificio Tallia Galoppo c. Caria Mary*, 1964.

¹⁷ Caso *Fiumano Rossotti c. Soc. Fiat*, 8 de noviembre 1982.

¹⁸ Véase Acción de inconstitucionalidad planteada por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) y la Central Nacional de Trabajadores (CNT), sentencia del 23 de setiembre de 2000.

¹⁹ Caso *Botezatu Cici si Botezatu Dorina c. S.C. Fartec S.A.*, 15 de junio de 2001 y *Sentina Civila*, 30 de marzo 2001.

En Uruguay la jurisprudencia «admite pacíficamente la aplicación directa de los convenios internacionales del trabajo ratificados cuyas disposiciones son autoejecutables», siempre que sean posteriores a las normas nacionales que pudieran ser contrarias o en ausencia de normas nacionales.²⁰

Los jueces de diversos países no sólo han aplicado directamente distintos convenios ratificados de la OIT, reconociéndoles operatividad propia, sino que también han recurrido a tales instrumentos en ausencia de una ratificación. Estos instrumentos, así como su «interpretación» por los órganos de control de la OIT (Comisión de Expertos y Comité de Libertad Sindical) han sido utilizados como fuente de interpretación de la legislación nacional cuando ésta se ha inspirado en los convenios respectivos, o para cubrir lagunas en dicha legislación, o para aplicar principios reconocidos en la constitución nacional y no reglamentados, o para aplicar el derecho interno conforme a principios internacionales.

2. *El caso de la Argentina : Evolución de la jurisprudencia*

Ya hemos adelantado el enfoque tradicionalmente dualista de la Corte Suprema en lo que concierne a la aplicación de los convenios de la OIT. En el *leading case* *Alonso, Gregorio c. Haras Los Cardos*, de 1940, la Corte Suprema examinó el Convenio núm. 12 sobre la indemnización por accidente del trabajo (agricultura), 1921, que establece la obligación de los Estados de extender el beneficio de la legislación vigente en esta materia, a todos los asalariados agrícolas. Basándose en el artículo 5 del convenio, que obliga a los Estados ratificantes a tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto antes del 1 de enero de 1924, la Corte estimó que el convenio no era de aplicación directa y que requería una intermediación regulatoria a nivel nacional. Esa misma interpretación fue dada por los legisladores en ocasión de la ratificación del convenio en 1936.

Cabe recordar que para entonces la OIT ya había abandonado la fórmula empleada en el artículo 5, por inducir en error en cuanto a la posibilidad de aplicar directamente un convenio. Interesa también comparar este fallo con el mencionado caso «Castanié» en Francia, donde los jueces – en circunstancias similares – decidieron en favor de la operatividad directa del convenio. La decisión de la Corte fue criticada en los medios académicos, donde la mayoría de los profesores y especialistas se pronunciaron por la operatividad directa del convenio.

La Corte Suprema volvió a aplicar dicho criterio en el caso *Domingo A. Abraham c. S.A. Ducilo* relativo al Convenio núm. 1 sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (Fallos 256:156), en autos *Roa, Félix y otros c. Moschos, Constantino*, en relación con el Convenio núm. 8 sobre las indemnizaciones de desempleo

²⁰ Véase Racciatti, *op. cit.*, *supra* nota 3, pág. 208 y sigs.

(naufragio), 1920 (1961) y en autos *Aramburu, Víctor c. Papelera Argentina S.A.*, también sobre el Convenio núm. 1 (1965).

Curiosamente, en 1968 la Cámara Nacional del Trabajo (Sala II), en autos *Sindicato Unico de Trabajadores de Edificios de Renta y Horizontal c. Consorcio de Propietarios Pueyrredón 2386 y otros*, negó el carácter de tratado de los convenios de la OIT, calificándolos de compromisos de índole diplomática adquiridos por el Estado nacional en virtud de haberse incorporado como miembro de la Organización.

Con el mencionado caso *Ekmekdjian* la Corte deja definitivamente de lado su interpretación favorable a una intermediación legislativa previa para la aplicación de un tratado. Siguiendo en esto una tendencia que se ha difundido, el requerimiento de una acción estatal en el propio tratado para darle efectividad a nivel nacional ya no condiciona su aplicación si contiene normas de tipo autoejecutivo o de operatividad directa.

La Corte también ha seguido este nuevo criterio tratándose de un convenio de la OIT. En el caso *Asociación de Trabajadores del Estado y otros c. el Estado Nacional-Poder Ejecutivo Nacional* (acción de amparo) basó su fallo (29 de agosto de 2000) en el Convenio núm. 95 sobre protección del salario, 1949, en relación con el decreto de reducción salarial de los funcionarios públicos. Citando el artículo 6 del convenio, la Corte manifestó que el derecho de los trabajadores a percibir su remuneración de acuerdo con el nivel alcanzado antes del decreto cuestionado se encuentra expresamente protegido por el Convenio núm. 95, en tanto establece la obligación de prohibir a los empleadores que limiten en forma alguna la libertad del trabajador de disponer de su salario. Conforme a la interpretación de la Corte, el artículo 8 (que se refiere a los descuentos de salarios) sólo autoriza las reducciones de salarios con arreglo a la legislación o en virtud de la negociación colectiva. El convenio, confirma la Corte, tiene un valor jurídico superior y fija un marco legislativo que excluye este tipo de reducción de salarios; además, el derecho a la remuneración goza de garantías constitucionales. La norma internacional, a pesar de enunciar la obligación del Estado de accionar en favor de su cumplimiento, posee operatividad propia para la Corte y de allí su eficacia en el orden interno. El fallo también se remite a otros instrumentos internacionales mencionados en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución.

Se ha abierto así la puerta para un vuelco en la jurisprudencia, que además comienza a seguir la tendencia ya observada en otros países, de referirse a las decisiones del Comité de Libertad Sindical o de recurrir a las normas internacionales para fundamentar el razonamiento jurídico.²¹

²¹ Véase, por ejemplo, autos *Vargas, Bernardo Silenio c. Poder Ejecutivo Provincial, Ministerio de Salud y Acción Social*, Tribunal de Primera Instancia, sentencia del 6 de octubre de 1998; *Susana Elena c. Gobierno de la Tierra de Fuego, Antártida e Is. del Atlántico Sur*, s/contencioso administrativo s/incidente, Tribunal de Primera Instancia, decisión del 29 de agosto de 2000.

VI. El efecto vertical de las normas y la responsabilidad del Estado

Los convenios normalmente contienen alguna disposición general por la cual los Estados ratificantes se obligan a adoptar medidas para su implementación. La Constitución misma de la OIT establece en su artículo 19 que tales Estados deberán adoptar «las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones» del convenio respectivo (párr. 5d). A esta obligación general pueden agregarse las más específicas que surgen de directivas concretas destinadas a dar efectividad al contenido de diversos artículos. La Comisión de Normas de la Conferencia sintetizó la situación señalando que «la mayoría de los convenios no contienen disposiciones que prescriban directamente a los habitantes de un país una obligación de hacer o de no hacer, sino que se dirigen a los Estados mismos a fin de obligarlos a reglamentar una cuestión en un sentido determinado».²²

Las referidas medidas a veces deben tener carácter legislativo, pero en muchos casos pueden ser de esta índole u otras, como los convenios colectivos, los fallos arbitrales, etc. De todas maneras, el Estado es responsable de la aplicación de los convenios, y la adopción de una legislación se impone cuando el cumplimiento no queda asegurado por las demás vías.

El incumplimiento por omisión de parte del Estado no sólo crea un ilícito internacional, sino que también tiene consecuencias en el orden interno. Desde el punto de vista doctrinario interesa citar, a este respecto, los trabajos preparatorios del «proyecto sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos», elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Hace notar la Comisión, en forma que nos concierne especialmente, que en la actualidad en el derecho internacional se prevén cada vez más obligaciones del Estado relativas al trato de sus propios nacionales, como sería el caso de los Pactos de derechos humanos o la mayoría de los «convenios internacionales del trabajo». La violación de estas obligaciones constituye manifiestamente un hecho internacional ilícito.²³ Ahora bien, en el orden interno, la omisión del Estado en el cumplimiento de dichas obligaciones puede tener como consecuencia la obligación de reparar a los individuos perjudicados.

Se trata, en este caso, del efecto vertical de la norma internacional. Si ésta crea derechos a la protección específica de los trabajadores, son los titulares de estos derechos los que pueden invocarla contra el Estado en caso de incumplir con su compromiso de darles efectividad.

²² Véase Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 47.^a Reunión, 1963, *Informe III (Parte IV)*, pág. 9, párr. 22.

²³ Véase Naciones Unidas, A/48/10, citado y comentado por César Moyano Bonilla, «El principio de la primacía del derecho internacional», *El Derecho*, Buenos Aires, 16 de agosto de 1994.

Esta cuestión ha sido examinada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya decisión (prejudicial) en el caso *Francovich c. República Italiana*²⁴ ha abierto una brecha importante en la materia. El fallo resume la situación legal, basándose en la jurisprudencia elaborada en el curso de los años. Se trata del incumplimiento por un Estado miembro de la obligación que le incumbe en virtud del artículo 189, párrafo 3 del Tratado de Roma, de tomar todas las medidas necesarias para lograr los resultados prescritos por una «directiva» del Consejo de la Unión Europea.

Cabe recordar que las directivas, a diferencia de los reglamentos y las decisiones, no tienen vigencia en el ordenamiento interno de los Estados miembros sin la adopción de medidas de transposición por parte de éstos. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal ha ido aceptando bajo ciertas condiciones la aplicación directa de las directivas. Para ello las disposiciones de éstas tienen que ser suficientemente precisas y no condicionadas, y tiene que haber transcurrido el plazo fijado por la directiva sin que el Estado haya dictado las medidas de adaptación necesarias o lo haya hecho en contravención de la directiva. En este caso la acción puede ser ejercida por un individuo contra el Estado ante los jueces nacionales.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal, cuando un Estado miembro deja de cumplir con la obligación prescrita en el artículo 189, la plena eficacia de la directiva impone un derecho de reparación, siempre que se reúnan tres condiciones: que el resultado prescrito por la directiva implique la atribución de derechos en beneficio de particulares; que el contenido de esos derechos pueda ser identificado sobre la base de las disposiciones de la directiva; y que exista una relación de causalidad entre la violación de la obligación del Estado y el perjuicio sufrido por las personas interesadas.

Para el Tribunal, la posibilidad de obtener una reparación del Estado es particularmente indispensable si el pleno efecto de las normas comunitarias está subordinado a la condición de una acción por parte del Estado y que, por consiguiente, los particulares no pueden – en ausencia de tal acción – hacer valer ante las jurisdicciones nacionales los derechos que les son reconocidos por el derecho comunitario.

En el caso *Francovich* el Estado no había tomado las medidas necesarias para garantizar a los trabajadores el pago de sus remuneraciones en una situación de insolvencia del empleador, conforme lo dispone la directiva núm. 80 de 1987. Por lo tanto, tenía la obligación de reparar el perjuicio sufrido por aquellos. Aclara el fallo que en ausencia de una reglamentación comunitaria, la reparación debe encuadrarse dentro del derecho nacional en materia de responsabilidades.

La jurisprudencia del Tribunal Comunitario en lo que se refiere al efecto vertical de las directivas y la responsabilidad por omisión del Estado resulta importante en relación con los convenios de la OIT. Las consideraciones expuestas

²⁴ Véase Decisión de 19 de noviembre de 1991, C-6/90 y 9/90.

por el Tribunal pueden aplicarse a estos últimos en la medida en que una vez ratificados, el Estado incumple la obligación de adoptar las medidas precisas exigidas por ellos para prestar efectividad a determinadas normas protectoras en materia laboral y creadoras de derechos subjetivos a la protección en favor de los individuos.

Los ejemplos de tales convenios son múltiples. El Convenio núm. 136 sobre el benceno, 1971 establece la prohibición del empleo de benceno o productos que contengan benceno para ciertos trabajos. Tales trabajos deberán ser determinados por la legislación nacional. El Convenio núm. 115 sobre la protección contra las radiaciones, 1960, impone al Estado la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para lograr una protección eficaz de los trabajadores contra las radiaciones ionizantes, y especifica los aspectos concretos que deben ser abarcados por tales medidas. El Convenio núm. 119 sobre la protección de la maquinaria, 1963 se refiere a la venta, arrendamiento, cesión, exposición y utilización de máquinas con elementos peligrosos, y obliga al Estado a adoptar la legislación u otras medidas análogas necesarias a los fines de su prohibición o destinadas específicamente a la protección de los trabajadores. Conforme al Convenio núm. 139 sobre el cáncer profesional, 1974 el Estado deberá determinar periódicamente las sustancias y agentes cancerígenos a los que la exposición en el trabajo estará prohibida o sujeta a autorización o control, y aquellos a los que se aplican otras disposiciones del Convenio. El Convenio núm. 181 sobre las agencias de empleo privadas, 1997 establece que los Estados adoptarán, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, las medidas necesarias para asegurar que los trabajadores empleados por tales agencias gocen de una protección adecuada, entre otras materias, en cuanto a la indemnización en caso de insolvencia y la protección de los créditos laborales, debiendo determinar las responsabilidades respectivas de las agencias de empleo y de las empresas usuarias. El Convenio núm. 103 sobre la protección de la maternidad, 2000 prevé que se deberán proporcionar prestaciones médicas a la madre y a su hijo, de acuerdo con la legislación nacional o en cualquier otra forma que pueda ser conforme a la práctica nacional. Las prestaciones médicas deberán comprender la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia después del parto, así como la hospitalización cuando sea necesario.

El incumplimiento por parte del Estado de las obligaciones asumidas permite al trabajador plantear la cuestión de la responsabilidad estatal por omisión, en caso de verse perjudicado por esta falta de acción, con derecho a una reparación material o moral por los perjuicios sufridos.

Ello no impide que en determinados casos, cuando la interpretación de la norma internacional lo permita, la laguna jurídica creada por la actitud omisiva del Estado pueda ser llenada por los propios jueces. Estaríamos entonces en una situación que se confunde con la operatividad directa de las normas, conforme a una interpretación amplia aplicada en materia de normas sobre derechos humanos.

VII. Los convenios promocionales

Existe una categoría especial de convenios que han recibido el calificativo de «promocionales», los cuales presentan ciertas características y también problemas particulares en cuanto a su aplicación. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones los ha definido como «aquellos que, más que normas precisas que el Estado correspondiente se obliga a adoptar con motivo de su ratificación, establecen objetivos que deberán lograrse por medio de un programa continuo de acción». ²⁵ Son ejemplos clásicos de tales instrumentos el Convenio núm. 100 sobre igualdad de remuneración, 1951, el Convenio núm. 111 sobre discriminación (empleo y ocupación), 1958, el Convenio núm. 117 sobre política social (normas y objetivos básicos), 1962 y el Convenio 122 sobre política de empleo, 1964. Entre los más recientes cabe mencionar el Convenio núm. 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988 y el Convenio núm. 177 sobre el trabajo a domicilio, 1996.

En su Memoria a la Conferencia Internacional del Trabajo de 1984, dedicada especialmente a las normas internacionales del trabajo, el Director General señalaba que se ha ido recurriendo en forma creciente a este tipo de convenios, los cuales, cuando el objetivo que se pretende alcanzar con la política nacional puede definirse con relativa precisión, como sucede con los convenios sobre igualdad de remuneración y sobre discriminación en el empleo y la ocupación, pueden constituir un importante estímulo para la acción nacional. Pero los convenios de esta naturaleza han ido tratando objetivos menos claramente definidos, con lo cual los Estados dudan sobre las medidas que se espera de ellos y los órganos de control de la OIT tienen dificultades para evaluar el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Al ratificar un convenio promocional los Estados se comprometen a adoptar una determinada política, definida en términos generales en el instrumento. En el caso del Convenio núm. 111 se trata de una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto. El Convenio núm. 122 se refiere a una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido. El Convenio núm. 100 obliga al Estado, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, a promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

²⁵ Véase Informe de la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 67.ª reunión, 1981, *Informe III (Parte 4A)*, pág. 13, párr. 36.

A continuación, los convenios contienen lineamientos y cláusulas programáticas destinadas a dar un contenido concreto a tales políticas. Pero también pueden figurar normas más precisas, según los casos, con el mismo objetivo. El cumplimiento de las distintas normas queda abierto a la flexibilidad de los mecanismos más apropiados.

Aun cuando rige el principio de la progresividad en la aplicación de estos convenios, la Comisión de Expertos, en su tarea de control, trata de obtener desde un comienzo todo tipo de informaciones del gobierno sobre las medidas adoptadas en el marco de sus obligaciones, tanto con respecto a la política seguida como en lo que concierne a las demás disposiciones. Se trata de un seguimiento continuo, con comentarios y observaciones que pueden servir de guía a los gobiernos en cuanto a medidas correctas o incorrectas, en términos del convenio, en materia de política de promoción y los programas más específicos. Como señalara la Comisión de Expertos, estos comentarios no significan necesariamente que el convenio no sea aplicado, sino que deberían ser considerados más bien como parte de un diálogo que puede asistir a los gobiernos en su búsqueda de una política correspondiente al objetivo del convenio.

En el caso de normas que enuncian principios o reglas precisas, la Comisión no deja de formular sus observaciones si comprobara la existencia de disposiciones legislativas o prácticas contrarias. Por ejemplo, la Comisión ha estimado que no se garantiza la igualdad de remuneraciones, conforme al Convenio núm. 100, cuando en un contrato colectivo se utilizan fórmulas que imponen únicamente a las mujeres la obligación de demostrar su rendimiento, o especificar la índole de las actividades que realizan, para poder percibir el salario correspondiente a su puesto, mientras que los hombres obtienen automáticamente ese salario (considerado como salario masculino). Con relación al régimen de asignaciones familiares en la Argentina (ley 18.017), la Comisión ha hecho notar la discriminación que existe al pagarse al trabajador esa asignación por su esposa a cargo «aunque ésta trabaje en relación de dependencia», mientras que la misma asignación se abona a las trabajadoras solamente si el esposo estuviera «inválido en forma total».

Sintetizando el control internacional ejercido por la Comisión de Expertos sobre este tipo de convenios, puede destacarse su inmediatez y continuidad en el tiempo, el diálogo promocional en cuanto a las medidas políticas y programáticas, y el señalamiento de disposiciones y prácticas violatorias de la norma internacional que corresponde corregir.

Veamos ahora la eficacia de los convenios promocionales en el orden interno. Ya se ha observado, en derecho comparado, la posición de los jueces en diversos países, que reconocen una operatividad directa a instrumentos tales como los Convenios núms. 100 y 111 sobre igualdad de remuneración y de discriminación.

Conviene recordar en primer lugar que tales convenios están sujetos a las mismas consideraciones expuestas por la doctrina en lo que concierne a los

tratados, en el sentido de que la violación de éstos puede resultar tanto de la adopción de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria a los mismos, como por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Así, por ejemplo, el propio Convenio núm. 111 obliga a los Estados que lo han ratificado a derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones o prácticas administrativas que sean incompatibles con la política de promoción de la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación. No pueden dejarse de lado los eventuales comentarios y observaciones de la Comisión de Expertos en relación con la aplicación de un convenio de estas características. Por consiguiente, toda disposición legislativa, decisión administrativa o práctica contraria tanto a las normas promocionales y programáticas, como a las de aplicación directa constituiría una violación del convenio respectivo. Si se trata de convenios supralegales, tales medidas serían inconstitucionales. El Estado incurriría en responsabilidad por omisión si no derogara oportunamente las disposiciones cuestionadas o en responsabilidad por contradicción si dictara una legislación u adoptara otras medidas contrarias. La vía judicial debería permitir la corrección de estos casos.

En cambio, tratándose exclusivamente de normas promocionales en sentido propio o de normas programáticas generales, si hubiera omisión en la adopción de medidas concretas para la aplicación de una determinada política laboral, conforme al convenio respectivo, sería inconducente el recurso a la vía judicial. Ello resulta, en efecto, a título comparativo, de cierta doctrina predominante con respecto a las normas programáticas contenidas en las constituciones nacionales, que deja a la entera discreción del legislador su implementación conforme al tiempo político que estime oportuno. Con lo cual la intervención necesaria del legislador en estos casos puede resultar, en la práctica, en una remisión *sine die* de la aplicación de estas cláusulas programáticas. Contrasta esta posición con las exigencias de cumplimiento de los convenios promocionales por parte de la Comisión de Expertos de la OIT.

Por el contrario, la vía judicial sería procedente para lograr la aplicación directa de las normas más precisas de un convenio promocional, conforme a la interpretación amplia de la operatividad directa adoptada por diversos tribunales. También resultaría procedente si se trata de apelar a la responsabilidad vertical del Estado, en caso de que la omisión fuera de disposiciones concretas y específicas exigidas por el convenio, y que esta omisión causara un perjuicio a las partes interesadas.

VIII. Conclusiones

Aun teniendo en cuenta las consideraciones expuestas sobre los regímenes monista y dualista de incorporación de normas internacionales y la naturaleza diversa de estas últimas, su eficacia jurídica en el orden interno depende, en última instancia, de los propios jueces nacionales. Es a ellos que compete decidir en cada caso específico sobre la aplicación directa de un convenio o determinadas normas del mismo, la eventual inconstitucionalidad de una norma nacional, el incumplimiento por el Estado de sus obligaciones y la reparación de los perjuicios que le incumbe. También será importante a este respecto la receptividad por parte de los jueces de la opinión expresada por los órganos de control de la OIT sobre la aplicación de los convenios en los respectivos países, y de una manera más general, de la doctrina y la « jurisprudencia » de estos órganos.

El conocimiento del sistema normativo de la Organización constituye un elemento esencial a este efecto. Ya se ha hecho referencia anteriormente a las deficiencias que existen a este respecto, tanto por parte de los jueces como de los litigantes y sus asesores, así como a la acción específica de la OIT para familiarizar a los interesados con las normas internacional del trabajo.

Pero también existen otros problemas que dificultan la aplicación judicial de las normas internacionales. Según se ha comprobado, los jueces tienden a descartar eventuales conflictos entre la normativa internacional y la propia legislación, y a estimar que ésta se amolda a aquella dentro del contexto del país.²⁶ Con alguna frecuencia también se resisten a aplicar la norma internacional recurriendo a diversos tecnicismos, cuando los motivos verdaderos pueden ser de política económica o social, de soberanía, de problemas de asimilación de conceptos y técnicas extraños, etc.²⁷ La jurisprudencia reciente citada en este trabajo señala un cierto cambio de actitud a este respecto entre los jueces de países muy disímiles. Más aun, según comentarios formulados por jueces participantes en los seminarios organizados por la OIT, las normas internacionales permiten ampliar el campo normativo en el cual abrevan los fundamentos de sus sentencias, reforzando y ampliando así los argumentos basados en la legislación y otras normas de carácter nacional.

Esta tendencia debería cundir en el futuro, a condición de una mayor difusión del sistema normativo de la OIT en los círculos apropiados. La tendencia podría afirmarse aun en el caso de adoptarse nuevos convenios « integrados » o « consolidados » con un amplio carácter promocional, siempre que también contengan normas lo suficientemente concretas y precisas que permitan desplegar su eficacia jurídica en el orden interno de los países.

²⁶ Véase A. Bronstein y C. Thomas, *International and European labour standards in labour court decisions and jurisprudence on sex discrimination*, ILO, 1995, págs. 6-8.

²⁷ Véase Leary, *op. cit.*, *supra* nota 2, pág. 163; J.H. Jackson, «Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis», *American Journal of International Law*, vol. 82, 1992, págs. 333, 334.

NICOLAS VALTICOS (1918-2003)

SOUVENIRS D'UNE VIE INTERNATIONALE



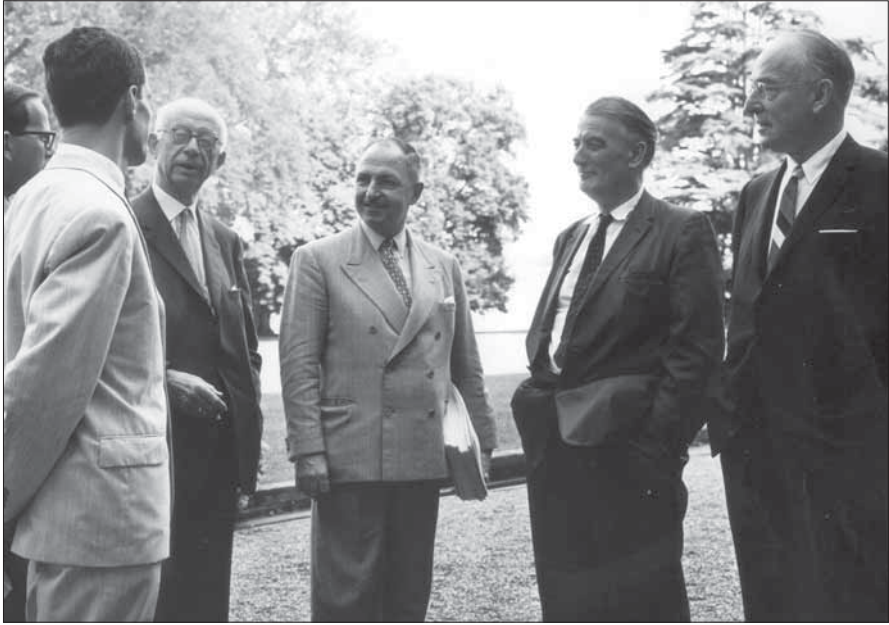




△◁ *Dépôt de l'instrument de ratification de la Convention n° 29 par le Honduras, en présence du Directeur général adjoint, Wilfred Jenks, le 21 février 1957.*

◁ *Sur le perron de l'ancien bâtiment du BIT, la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, avril 1959.*

△ *A l'occasion du dépôt d'instruments de ratification par le Ministre du Travail de la Libye, en présence du Directeur général, David Morse, lors de la 46^e session de la Conférence internationale du Travail, le 20 juin 1962.*





△◁ *Avec des membres de la Commission d'investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale (cas du Japon), juillet 1965.*

◁ *Devant l'ancien bâtiment du BIT, côté lac, la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, mars 1969.*

△ *Lors de la visite du Président de la République hellénique, Constantin Karamanlis, au cours de la 66^e session de la Conférence internationale du Travail, le 27 juin 1980.*





△◁ Avec le Directeur général, M. Francis Blanchard, le 24 mars 1981.

◁ Séance spéciale de la Commission de l'application des normes en l'honneur de Nicolas Valticos, à l'occasion de son départ, le 19 juin 1981.

△ Gabriel Ventejol, Président du Conseil d'administration, remet la légion d'honneur à Nicolas Valticos, le 4 mars 1982.





△◁ *Juge ad hoc à la Cour internationale de Justice (1984-1994).*

◁ *Avec le Président de la République d'Argentine, M. Raoul Alfonsín, lors d'une mission de médiation, mai-juin 1984.*

△ *Juge à la Cour européenne des droits de l'homme, (1986-1998).*

PART 4
CONSTITUTIONAL THEORY AND CURRENT ISSUES



The Consolidated Maritime Labour Convention: A marriage of the traditional and the new

*Cleopatra Dumba-Henry**

This article is in honour of Nicolas Valticos, a monument for his contribution to the role and impact of the International Labour Organization's (ILO) supervisory machinery. It is a tribute to the vision of this extraordinary international labour lawyer and international human rights advocate for his contribution to the International Labour Organization. The article seeks to examine certain selected provisions of the Consolidated Maritime Labour Convention at its current stage of development,¹ highlighting in particular how traditional ILO procedures and activities have been built upon with a view to identifying the potential to further strengthen and reinvigorate the international labour standards system.

* Director, International Labour Standards Department.

¹ This article is based on and reflects the most current version of the Recommended Draft of the Consolidated Maritime Labour Convention to be discussed at the Preparatory Technical Maritime Labour Conference (PTMC) scheduled to take place in Geneva from 13 to 24 September 2005; see, PTMC/04/1. The text of the new Maritime Labour Convention is expected to be adopted in 2005 or early 2006 by the International Labour Conference (Maritime Session) (ILC). This review is thus without prejudice to the final content of the Convention which could be the subject of major modification either by the PTMC or by the ILC in 2005.

I. Introduction

Increasing the impact, coherence and relevance of international labour standards is both the responsibility of, and a necessity for, the ILO if it is to face and respond to the challenges of globalization.² Where better to begin than in the sector that has also been international by vocation and is today the most globalized of all sectors – shipping. By adopting the Resolution concerning the review of relevant ILO maritime instruments, known as the “Geneva Accord”, Shipowners and Seafarers in the framework of the Joint Maritime Commission (JMC)³ agreed that the shipping industry was the world’s first genuinely global industry and required an international regulatory response of an appropriate kind – global standards applicable to the entire industry. The Resolution called for the development of an instrument which brings together into a consolidated text as much of the existing body of ILO instruments as it proves possible to achieve as a matter of priority “in order to improve the relevance of those standards to the needs of all stakeholders of the maritime sector”.⁴ The Resolution also provided that the instrument should comprise a number of parts concerning key principles of such labour standards as may be determined, together with annexes which incorporate detailed requirements for each of the parts, and should provide for an accelerated amendment procedure which would ensure that the annexes were kept up to date. In keeping with the resolution, a High-level tripartite working group and a Sub-group of the High-level Group were established to assist with the development of the instrument. This was to be followed by a preparatory meeting in 2004 and a maritime session of the International Labour Conference in 2005.

The current text of the Recommended Draft of the Consolidated Maritime Labour Convention (the Convention) is the result of a highly intensive and extensive tripartite consultation process, beginning in December 2001. It involved four week-long meetings of the High-level group and two week-long meetings of its Sub-group to discuss texts and proposals. This was complemented by specific opportunities for Governments, Shipowners and Seafarers to make written submissions on the various drafts which were considered by the Office, under the guidance of the Officers of the High-level Group.

² See World Commission on the Social Dimensions of Globalization, *A Fair Globalization – Creating opportunities for all*, ILO, 2004. The Commission stressed the value and importance of international labour standards.

³ The Joint Maritime Commission is a permanent standing body composed of Shipowners’ and Seafarers’ members nominated by the International Labour Conference. The JMC was established by the Governing Body of the International Labour Office on 23 March 1926. The resolution in question was adopted at its 29th Session in January 2001.

⁴ JMC/29/2001/14, Appendix 2.

II. The objectives of the Consolidated Maritime Labour Convention

The Shipowners' and Seafarers' representative had put forward eight preferred solutions⁵ relating to the substantive content, structure and approach for the new instrument which were endorsed by Government representatives at the first meeting in December 2001.

As envisaged by these preferred solutions, the proposed consolidated Convention would:

- a) incorporate, in so far as possible, the substance of all relevant maritime labour standards with any necessary updating;
- b) be easily updateable to keep pace with developments in the maritime sector;
- c) be drafted in such a way as to secure the widest possible acceptability;
- d) place emphasis on the means of enforcing its provisions in order to establish a "level playing field"; and
- e) be structured in such a way as to facilitate the achievement of the above objectives.

The current text of the recommended draft for a Convention on maritime labour standards has remained true to the above principles in all respects: substantive content, approach and structure. It reflects the conclusions reached throughout the consultative process taking into account the mandate of consolidation of existing Conventions and the overall objectives to be achieved of developing a new maritime labour instrument.

⁵ See report of the first High-level meeting, TWGMLS/2001/10, para. 3.1. These preferred solutions were as follows:

1. The provisions of the corpus of international maritime labour standards that are sufficiently up to date should be consolidated as a matter of priority and in so far as this proves possible to achieve.
2. Their substance should be incorporated in a single, coherent instrument, seen as part of the general body of standards adopted by the ILO, and fitting in with other international maritime instruments.
3. The consolidated instrument should consist of a number of parts setting out the key principles of international maritime labour standards.
4. The parts should be complemented by annexes setting out detailed requirements for each of the parts.
5. A simplified amendment procedure should be provided for updating the annexes and ensuring prompt entry into effect.
6. The instrument should also contain the substance of recommendations and other non-mandatory texts.
7. The instrument should be drafted in such a way as to secure the widest possible acceptability among governments, shipowners and seafarers committed to the principles of decent work.
8. The instrument should contain provisions giving responsibility to all States to ensure that decent conditions of work apply on all ships that are placed under their jurisdiction or that come within their jurisdiction.

III. Achieving the objectives: Innovative solutions complementing the traditional

In order to achieve the aims established at the start of the exercise as set out in section II above, the recommended draft Convention on maritime labour standards has had to embody not only traditional ILO approaches and concepts to standard-setting, but also a number of innovative solutions as far as international labour Conventions are concerned. While the *substantive content* of the up-to-date Conventions has been retained, a different *approach* has been taken. Concerning the novel features, while these are new for the ILO, they in fact rely on recognized and accepted approaches in other Conventions in the maritime sector – namely, those of the International Maritime Organization (IMO). This is the case with: the general *structure* of the Convention; its *simplified amendment procedure*; and the *system of certification* of ships for compliance with the requirements of the Convention. The IMO solutions have not, however, been imported en bloc in view of the very different constitutional requirements, procedures and philosophy of the ILO (particularly, those inherent in tripartism). Another component, has been the provision for a *special tripartite committee* to be established by the ILO Governing Body

1. *Substantive content*

With respect to *substantive content*, the preferred solutions referred to above did not put into question the legal status or substance of existing maritime labour instruments, but rather called for greater consistency and clarity, more rapid adaptability and general applicability. The concerns of both the Shipowners and Seafarers were essentially to bring the system of protection contained in existing standards closer to the workers concerned, in a form that was consistent with this rapidly developing, globalized sector. The objective was to improve the applicability of the system so that shipowners and governments interested in providing decent conditions of work did not have to bear an unequal burden in ensuring such protection.

The present Recommended Draft of the Consolidated Maritime Labour Convention therefore brings together into a consolidated text as much of the existing body of ILO instruments as it has so far proved possible to achieve. While full account has been taken of the conclusions, relevant to the maritime labour Conventions, of a Governing Body Working Party on Policy regarding the Revision of Standards, modifications of existing standards have essentially been restricted to updating matters of detail that were not considered to give rise to controversy or resolving inconsistencies as between the Conventions concerned.

2. *The general approach*

On the general *approach*, considerable thought was given to improving the relevance of existing maritime labour standards, from the perspective of ensuring their general applicability. This implies two aims: first, that the consolidated Convention is ratifiable on a wide scale by the maritime member States of the ILO and, second, that its provisions will be properly enforced. For these purposes, as summarized by the Chairperson of the High-level Group at its first meeting, the instrument should be *inflexible with respect to rights* and *flexible with respect to implementation* and the principal consideration should be the *achievement and maintenance of a level playing field*.⁶

3. *The structure of the consolidated Convention*

One of the innovative solutions required to achieve the objectives of this instrument relates to the *structure* of the Convention. The structure has remained as originally envisaged although there has been some terminological changes. The recommended draft Convention has different parts which together would make up the Convention. The proposed Convention would comprise three different but related parts, the Articles, the Regulations and the Code.

The Articles and Regulations set out the core rights and principles and the basic obligations of Members ratifying the Convention. The Articles and Regulations can only be changed by the General Conference in the framework of article 19 of the Constitution of the International Labour Organization (see Article XIV of the Convention).

The Code contains the details for the implementation of the Regulations. It comprises Part A (mandatory Standards) and Part B (non-mandatory Guidelines). The Code, except for Title 5, can be amended through the simplified procedure set out in Article XV of the Convention. Since the Code relates to detailed implementation, amendments to it must remain within the general scope of the Articles and Regulations.

The Regulations and the Code are organized into general areas under five Titles:

Title 1: Minimum requirements for seafarers to work on a ship

Title 2: Conditions of employment

Title 3: Accommodation, recreational facilities, food and catering

Title 4: Health protection, medical care, welfare and social security

Title 5: Compliance and enforcement

⁶ See section I of the appendix to the report of the first meeting, *op. cit.*, *supra* note 5.

3.1 Rationale for the structure

As the foregoing suggests the new Convention does not follow the approach that is usually (but not always)⁷ followed in ILO instruments of placing the mandatory provisions in an international labour Convention and non-mandatory provisions in an international labour Recommendation supplementing the Convention. The reason for this is related to the basic challenge of making the new Convention as close to universally ratifiable as possible. There are over 60 maritime labour Conventions and Recommendations currently in force, dating back as far as 1920, which provide international standards for almost every aspect of employment on ships. This body of standards represents a considerable achievement for the protection of the workers concerned and for the industry as a whole. However, despite the apparently significant interest of Members in these issues suggested by the large number of instruments, the level of ratification for many of the Conventions is very low.⁸ One of the reasons that has been identified for the lack of success of particular Conventions in this respect is the high level of detail, contained in one or two mandatory provisions, that creates an obstacle to ratification for certain countries even though the system of protection in the areas covered may be at least as strong in the countries concerned as that required under the Convention.

The Convention's structure is intended to help achieve three underlying purposes:

- (a) to lay down (in its Articles and Regulations) a firm set of principles and rights;
- (b) to allow (through the Code) a considerable degree of flexibility in the way Members implement those principles and rights; and
- (c) to ensure (through Title 5) that the principles and rights are properly complied with and enforced.

The relationship between Part A and Part B of the Code, and the special treatment given to Part B, is in fact a long-discussed and carefully balanced application of the maxim referred to earlier of flexibility with respect to implementation, and inflexibility with respect to rights, thus helping to find a solution to what would otherwise appear as an insoluble problem.

⁷ The recent Seafarers' Identity Documents Convention (Revised), 2003 (No. 185), is the most notable example of the inclusion (in Annex III) of non-mandatory "recommended procedures and practices". For an analysis of that Convention, see Cleopatra Doumbia-Henry, "Current Maritime Labour Issues: An Internationally Uniform Identity Document for Seafarers", *World Maritime University Journal of Maritime Affairs*, vol. 2, 2003, No. 2, pp. 129-148.

⁸ Compared to ratification rates for IMO Conventions, ILO maritime labour Conventions record of ratification has been low with the Medical Examination of Young Persons (Sea) Convention, 1921 (No. 16) having the highest – 81 ratifications – and the Seafarers' Identity Documents Convention, 1956 (No. 108) receiving 62. Many have achieved less than 20 ratifications. Since the consolidation process began, however, there has been renewed interest in the ratification of existing maritime labour Conventions with 81 ratifications registered between January 2001 and 16 August 2004.

3.2 Incorporating flexibility

The proposed Convention contains two main areas for flexibility in implementation: one is the possibility for a Member – where necessary⁹ – to give effect to the detailed requirements of Part A of the Code through substantial equivalence. The concept of substantial equivalence is defined in Article VI, paragraph 4.

The second area of flexibility in implementation is provided by formulating the mandatory requirements of many provisions in Part A in a more general way, thus leaving a wider scope for discretion as to the precise action to be provided for at the national level. In such cases, guidance on implementation is given in the non-mandatory Part B of the Code. In this way, ratifying Members would be able to ascertain the kind of action that might be expected of them under the corresponding general obligation in Part A (as well as action that would not necessarily be required).

Although ratifying Members would not be bound by the guidance provided in Part B they would be required – under paragraph 2 of Article VI of the Convention – to give due consideration to implementing their responsibilities under Part A of the Code in the manner provided for in Part B. If, having duly considered the relevant Guidelines, they decide to provide for different arrangements to meet the Standard which affords at least the same kind of protection as the measures suggested in the Guidelines, they are left free to do so. However, by following the guidance, a Member can be sure without further consideration that the arrangements it has provided for are adequate to implement the responsibilities concerned under Part A. The same will be true of the bodies responsible for reviewing implementation of international labour Conventions, particularly the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, on the basis of reports submitted by ratifying Members under article 22 of the ILO Constitution.

In legal terms, therefore, there is a mandatory obligation to give “due consideration” to the non-mandatory guidance contained in Part B of the Code. The obligation is provided for in Article VI of the Convention. The precise implications for Members that ratify the Convention with respect to the treatment to be given to Part B of the Code were raised by some constituents. They were resolved in the following understandings, which were formally adopted by the High-level Group at its fourth meeting in Nantes in January 2004:

Question: Is Part B mandatory?

Answer: No.

Question: Can Part B be ignored by ratifying Members?

Answer: No.

⁹ See Article VI, paragraph 3.

Question: Is implementation of Part B verified by port state inspectors?

Answer: No.

Question: Does the ratifying Member have to follow the guidance in Part B?

Answer: No, but if it does not follow the guidance it may – vis-à-vis the competent bodies of the International Labour Organization – need to justify the way in which it has implemented the corresponding mandatory provisions of the consolidated Convention.

It is expected that these understandings would be clearly reflected in the Convention itself¹⁰ or in related documentation.

4. *The simplified amendment procedure*

It is in the area of procedures for the amendment of the Convention that the marriage of the old and the new is best illustrated, i.e., the use of the ILO traditional revision and ratification process with the *simplified amendment procedure*. The simplified amendment procedure is the second innovative pillar in the new Convention.

Articles XIV and XV address the procedures for amendment of the new Convention and were dealt with in a report prepared for the second meeting of the High-level Group.¹¹ Article XIV provides that the Convention can be amended by the General Conference in the framework of article 19 of the ILO Constitution. In addition, the Code could be amended by a simplified process that has been developed to meet the need for more rapid updating of the technical parts of the Convention, without the need for an entire revision.

The Article sets out the procedures, in the framework of article 19 of the Constitution, for amendment of the Convention as a whole, involving an express ratification procedure. The procedure envisaged would be an innovation for the ILO, but the legal effects of this amendment procedure would be the same as that of the procedures used in the ILO for the revision or modification of instruments, with one important exception: there would be no separate revising Convention or Protocol; there would be a single amended Convention. Members subsequently ratifying the Convention would be bound by all amendments adopted so far, unless provided otherwise in any amendment. The legal effect would thus be the same as that of closing a revised Convention to further ratification. This is also the reason for the distinction made in this Article with

¹⁰ For example, in connection with the scope of a port State inspection.

¹¹ See *Simplified amendment procedure for the proposed new maritime labour Convention*, High-level Tripartite Working Group on Maritime Labour Standards (second meeting), Geneva, 2002, document TWGMLS/2002/2, para. 18.

respect to the object of ratification. Since Members which had not yet ratified the Convention could only be bound by its latest version, they would receive, for consideration with a view to ratification, a copy of the whole Convention as amended up to the current time. Members that had already ratified the Convention would receive only the specific amendment for consideration. The amendment would only come into force if the ratifications of the amendment taken together with the ratifications of the Convention as amended fulfilled the requirements set out in the Convention. These requirements might be the same as those set for the initial entry into force of the Convention itself or they might be set at a lesser amount (this is the case with the requirements for the entry into force of the Protocol to Convention No. 147, for example, as compared with the entry-into-force requirements for that Convention itself).

Article XV of the Recommended draft introduces the most important innovation of the new Convention: the amendment of certain provisions (the Code) through a simplified amendment procedure based on what is called “tacit acceptance” rather than express ratification. This subject was dealt with in depth in the report submitted to the High-level Group, referred to above, and discussed in detail at the second meeting. There was general agreement in the High-level Group on the concept itself and on the main elements of the amendment procedure proposed. A similar approach to more rapid amendment of the technical parts of a Convention was recently adopted by the International Labour Conference for the Seafarers’ Identity Documents Convention (Revised), 2003 (No. 185) (Article 8).¹²

This simplified amendment procedure is similar to that provided for in Conventions adopted in the framework of the International Maritime Organization (IMO), such as the International Convention for the Safety of Life at Sea, 1974 as amended (SOLAS). The procedure has, however, been adapted to the special features of the International Labour Organization, in particular its tripartite structure and the pre-eminent role, given by the Constitution to the Organization as a whole, through the International Labour Conference, with respect to the adoption and revision of Conventions; in particular, the revision of a Convention is a matter for the Organization as a whole rather than only for the Members that have ratified it (as in the IMO).

Paragraph 1 of Article XV maintains the constitutional right of the Governing Body to place an item on the Conference’s agenda for the amendment of provisions of the Code under the traditional procedures reflected in Article XIV. It also takes account of the fact that the Convention may expressly provide that certain provisions of the Code could only be amended through the Article XIV procedure. A proposal to that effect has been made with respect to Part A of the Code in Title 5.

¹² See Doumbia-Henry, *op.cit.*, *supra* note 7, p. 145.

The Convention provides for six steps for the simplified amendment procedure involving: 1) the submission of the amendment proposal meeting certain conditions to the Director-General; 2) circulation of the proposal; 3) submission to the special tripartite Committee for consideration and adoption; 4) submission to the International Labour Conference for approval; 5) notification to ratifying member States; and 6) amendment taking effect for all ratifying Members that have not expressed disagreement (or taken similar action) within a prescribed time limit unless the number of States expressing disagreement attains a specified level or weight.

The consolidated Convention would respect the principle (now followed in the ILO with regard to revisions, and also in the IMO) that once a Member has accepted the text of a Convention by ratification, it cannot be bound, against its will, by any changes to that text. New ratifying Members are of course in a different situation as they had not agreed to become bound by the original text. If they decide to ratify the Convention, they must accept the text as amended.

A problem arises as to what happens if a ratifying Member decides not to accept an amendment, and its ships enter into a port of a Member which is bound by the amendment. Paragraph 13 of Article XV proposes the SOLAS solution under which the latter Member would have the right to apply the relevant provision in its amended form (except during any period of exemption provided for by the Convention).

5. Compliance and enforcement

The provisions in the new Convention concerning *compliance and enforcement* represent the third innovative pillar, one which, again, seeks to marry the traditional inspection system established by ILO Conventions with more contemporary practices. Conventions relating to inspection, or containing provisions on inspection, which is perhaps the most important aspect of enforcement at the national level is not new to the ILO. Other Conventions frequently contain provisions relevant to enforcement, such as the requirement to keep records, to establish penalties for non-compliance, and to have adequate internal complaints or recourse procedures. One of the main thrusts of the Merchant Shipping (Minimum Standards) Convention, 1976 (No. 147) for example, is the requirement for proper enforcement of national laws and regulations.

The innovation in the new consolidated Convention would be to take the various aspects of enforcement at the national level and to place them in a separate part transcending the whole Convention. The new integrated system of compliance and enforcement is contained in Article V and Title 5 of the Conven-

tion. Article V provides the legal foundation for the provisions on compliance and enforcement in Title 5. Title 5 contains the one-stop solution regarding responsibilities and measures and defines the role of the various actors in the field of enforcement. These actors are already identified in Convention No. 147, viz., the flag State, which has the primary role, port States and States that supply seafarers to work on board ships.¹³

The broad lines of this key component of the consolidated Convention¹⁴ were in fact substantially agreed in the High-level Group before the Convention's substantive provisions, in Titles 1 to 4, were even discussed. In the view of the Seafarer representatives, which was generally shared, it would have been useless to have continued with the exercise of consolidation in the absence of consensus on the question of compliance and enforcement (and also on the simplified amendment procedure).

For traditional enforcement practices in the maritime sector through flag and port state inspections and corrective actions, the provisions in Title 5 draw on the text of the existing ILO standards in the area of compliance and enforcement: Convention No. 147, the Labour Inspection (Seafarers) Convention, 1996 (No. 178), and the Labour Inspection (Seafarers) Recommendation, 1996 (No. 185).

5.1 A certification system for maritime labour standards

Aspects of the enforcement regime that are new to ILO Conventions would be a requirement for each Member to establish a system of certification and documentation of compliance covering conditions on board ship as well as an overall system of quality standards and control covering implementation of the Convention in general. For these more contemporary practices, aimed at ensuring continual compliance between inspections, the system proposed in Title 5 embodies aspects of the well-accepted certificate-based system of the International Maritime Organization, which has been developed in significant

¹³ It also contains provision that elaborate on the role of "recognized organizations" which may carry out aspects of the certification related tasks on behalf of flag State maritime administrations.

¹⁴ These lines, though considerably refined in later discussions, can be seen in the Office's paper TWGMLS/2002/1: *Considerations for provisions on inspection and control in a consolidated maritime labour Convention*, presented to the High-level Group at its second meeting, and in the related discussions at the meeting. See first meeting: *Final report*, High-level Tripartite Working Group on Maritime Labour Standards, TWGMLS/2001/10 (Geneva, 2001); second meeting: *Final report*, High-level Tripartite Working Group on Maritime Labour Standards, TWGMLS/2002/13 (Geneva, 2002); third meeting: *Final report*, High-level Tripartite Working Group on Maritime Labour Standards, TWGMLS/2003/10 (Geneva, 2003); fourth meeting: *Final report*, High-level Tripartite Working Group on Maritime Labour Standards TWGMLS/2004/19 (Nantes, 2004).

maritime Conventions such as the International Convention for the Safety of Life at Sea, 1974 (SOLAS) as amended and in the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 73/78 (MARPOL 73/78) and its various annexes. However, the IMO system, as it has evolved to include ongoing compliance and system management and human resource management matters, has been adapted in the proposed Convention to meet the ILO context and the special concerns raised by international labour standards. The certification system proposed in Title 5 for the consolidated Convention could and should be closely coordinated with the related maritime certifications, particularly those required under IMO Conventions. Such an “integrated” approach was considered essential by some Government representatives in the High-level Group.

The proposed maritime labour standards certification system would require each ship to carry:

- (i) a *maritime labour certificate*, confirming that the working and living conditions on the ship have been inspected and meet the requirements of the flag State’s national law implementing the Convention and that measures adopted by the shipowner to ensure ongoing compliance are satisfactory; together with
- (ii) a *declaration of labour compliance*, which would state what those requirements are and how they are to be complied with.

Most of the new features in Title 5 are in fact developments of measures provided for in existing international labour Conventions, in particular the addition of a system of certification to the inspection system, an extension of the grounds under Convention No. 147 for detention of ships in port state control and procedures for the handling of seafarers’ complaints or disputes. The real novelty of the Convention in this area resides in its approach to compliance and enforcement. Several international labour Conventions on substantive-law matters have included provisions relevant to the enforcement of the Convention concerned; however, those provisions appear as ancillary to the substantive rights and obligations provided for. Title 5 consists of a detailed set of provisions on principles and rights, at the same level of importance as the other Titles, relating to substantive rights, and inseparable from those Titles in keeping with its character of a *sine qua non*.

5.2 Continuity of compliance: from the national to the international

The ILO's greatest strength in the context of the implementation of international labour Conventions is undoubtedly its supervisory system, carrying the necessary institutional guarantees and authority and an important tripartite component.¹⁵ With the consolidated Convention, there would be a continuity of "compliance awareness" at every stage from the national systems of protection up to the international system. It would start with the individual seafarers, who – under the Convention – would have to be properly informed of their rights and of the remedies available in case of alleged non-compliance; it would continue with the shipowners, who would be required to develop and carry out plans for ensuring that the laws, regulations or other measures to implement the Convention are actually being complied with. The masters of the ships concerned would then be responsible not only for carrying out the plans, but also for keeping proper records to evidence implementation of the requirements of the Convention. In addition to the traditional functions of inspection of ships, the flag State would have to control the shipowners' plans and ensure that they were actually in place and being implemented. They would also have to carry out periodic quality assessments of the effectiveness of their national systems of compliance, and their reports to the ILO under article 22 of the Constitution would need to provide information on their inspection and certification systems, including on their methods of quality assessment. This general system in the flag State would be complemented by procedures to be followed in countries that are also or even primarily the source of the world's supply of seafarers, which would also be reporting under article 22 of the ILO Constitution, and the mechanisms of port state control would help to reduce any failings on the part of flag States.

The provisions on compliance and enforcement therefore provide for continuity between national enforcement systems required by the Convention and the ILO's supervisory procedures. The Convention's provisions place increased emphasis on the need for each Member to evidence compliance with the standards of the Convention and to have an overall system of quality control and independent evaluation. By seeking to ensure that implementation is not only done but also seen to be done, the aim is to place the ILO's supervisory bodies in the best possible position to follow implementation by Members and at the same time to enable those Members to assess the extent to which the desired level playing field is actually in place.

¹⁵ This is reflected in the procedures established under articles 22, 24 and 26 of the ILO Constitution.

5.3 A level-playing field: no more favorable treatment

One of the fundamental purposes of Title 5 is to provide for a level playing field among member States of the Organization concerning the provision and implementation of the principles and rights of the Convention as well as the employment and social rights for seafarers. For this reason, the principle of “no more favourable treatment” contained in paragraph 7 of Article V of the Convention is one of the important legal foundations for the provisions on compliance and enforcement in Title 5 of the new Convention. This principle was approved by the High-level Group. According to this principle, ships of States that had not ratified the Convention would not be able to provide the certification and documentation required by the consolidated Convention. Such ships would therefore always be liable to inspection by port States and the provisions on port state control of the Convention would apply to them. This principle may thus provide an incentive for ratification of the Convention and help to secure a level playing field with respect to employment rights.

6. *A special tripartite committee*

In view of the very ambitious nature of the aims sought to be achieved by the new Convention, it was considered necessary to provide for the ILO Governing Body to establish a *special tripartite committee*. Article XIII of the Convention provides for this committee to be charged with generally reviewing the working of the new Convention, and to be given specific functions by Article XV with respect to the proposed simplified amendment procedure for the Code.¹⁶

It would consist of representatives of Governments which had ratified the new Convention and of Shipowner and Seafarer representatives chosen by the Governing Body (who might in practice be the same as the members of the Joint Maritime Commission). There would thus not be national tripartite delegations, as in the International Labour Conference. The social dialogue in this case would rather operate on a global basis, on the model of the Governing Body. This is justified in view of the essentially globalized nature of the maritime sector. The Government representatives of non-ratifying Members could participate in the committee but would have no right to vote. Special procedures for voting have been proposed.

¹⁶ See *Simplified amendment procedure for the proposed new maritime labour Convention*, High-level Tripartite Working Group on Maritime Labour Standards (second meeting), Geneva, 2002, document TWGMLS/2002/2, para. 18.

As indicated above, the Committee will have the task of reviewing the working of the Convention. This wording is not new. It is related to the standard final clause in all ILO Conventions. The innovation in this provision is providing for “continuous review” of the working of the Convention. This is justified by two considerations: the first is the need for rapid updating and the fact that the Convention provides in Article XV the means for doing so; the second is the need to entrust the job to a committee of persons who would be in close contact with the practical working of the Convention.

There is an implication in paragraph 2 of Article XIII¹⁷ that the ILO might decide to give the Committee some tasks outside of the scope of the Convention. This is a matter that would be left to the Governing Body, not only as to the existence and scope of any such tasks but also as what would be the interpretation of what is entailed by the general task of reviewing the working of the Convention. As the Office made clear to the Governing Body at its 286th Session in March of 2003,¹⁸ the intent is not to carry out or duplicate any of the functions of the ILO supervisory bodies. Instead, the Convention’s system of enforcement will rely on the ILO’s regular reporting system and its ad hoc procedures to supply the international component of the enforcement process. The Committee is in fact expected to assist the supervisory process through its emphasis on the countries that are not complying with the standards and through the production of evidence regarding countries that are in compliance.

There are four separate provisions in the Recommended Draft requiring information of specified kind to be included in country’s reports pursuant to article 22 of the ILO Constitution.¹⁹ In addition, the existing right under Article 4, paragraph 1, of Convention No. 147 of port States to inform the ILO Director-General of deficiencies in visiting ships is brought one step further by indications as to what the Director-General should do in such cases. One such action is to bring the deficiencies “to the attention of parties which might be interested in availing themselves of relevant recourse procedures”.²⁰

As far as the tasks expected of the Committee, in addition to its specific functions relating to amendment, much of its work should be dealing with problems relating to the working of the Convention. For instance, port officials may find that certain provisions are unclear or are too onerous, for example. There

¹⁷ Paragraph 2 of Article XIII provides as follows: “*For matters dealt with in accordance with this Convention, the Committee shall consist of two representatives nominated by each Government of a Member which has ratified this Convention and the representatives of Shipowners and Seafarers appointed by the Governing Body*” (emphasis added).

¹⁸ See GB.286/LILS/8, para. 13.

¹⁹ The following provisions specifically require member States to submit information pursuant to article 22: Article II, para. 7; Standard A4.5, para. 10; Regulation 5.1.1, para. 5; Regulation 5.3, para. 5.

²⁰ See Standard A5.2.1, para. 5, of the Recommended Draft.

might also be unforeseen problems of detail that were blocking certain ratifications. It may help inform complainants of remedies available under Articles 24 and 26 of the ILO Constitution.

In conclusion, the impact of the proposed new consolidated Convention on the ILO's supervisory procedures is intended to offer greater potential for those procedures as well as increasing the information available. It is quite possible that the new Convention might result in a constructive increase in the workload of the Committee of Experts. How the Committee of Experts will deal with the new Convention once it enters into force will require a continuation of the spirit of innovation in the context of the supervisory activities.

IV. Conclusion

This article has reviewed some of the legal aspects of the new Consolidated Maritime Labour Convention which contains a number of novel elements. While unique to the maritime sector, the Convention does at the same time contain important components of interest to international labour standards in general. The very intensive consultative process used for the development of the Convention in seeking to identify in advance the obstacles to ratification which member States may have is one which will need to be assessed in terms of whether it actually meets the objective of wide-scale ratification. The other innovative solutions included and reviewed above will also need to be assessed at a later stage to determine how successful they have been and what impact they have had in changing the seascape for the future in relation to fundamental principles and rights as well as employment and social rights for seafarers.

Normas internacionales del trabajo y trabajo decente: El impacto de las normas internacionales del trabajo sobre el desarrollo económico y social sostenible

*J. Ricardo Hernández Pulido**

I. Introducción

La Revista Internacional del Trabajo publicó en 1998 un artículo de Nicolas Valticos.¹ En dicho texto, una vez más, se puso de manifiesto la visión profunda de este gran artífice de la teoría y de la práctica del Derecho Internacional del Trabajo e infatigable luchador por la defensa de la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo y de su sistema de control.

En ese contexto, Nicolas Valticos, al reflexionar sobre la validez universal de las normas internacionales del trabajo y de los derechos humanos, recordaba que «en una reunión consagrada a la crisis de Asia, ocho países (China, Filipinas, Indonesia, Malasia, República de Corea, Singapur, Tailandia y Viet Nam) del este y el sudeste del continente destacaron la importancia tanto de un crecimiento económico sostenido como de las normas fundamentales de la OIT».²

En el mismo artículo, y a guisa de reflexión final, Valticos señalaba que «ante el riesgo, que no podemos excluir, de un mundo sin verdadera ley, de Estados nuevos sin asistencia real, de trabajadores sin protección sustancial y, en términos generales, de hombres, mujeres y niños dejados a su suerte, los derechos humanos fundamentales y las normas del trabajo, manifiestamente amenazados, adquieren una vez más toda su relevancia».³ Consecuentemente y para hacer frente al «peligro que corre la justicia social proclamada cuando se creó la OIT [...], que amenaza los derechos humanos afirmados por las

* Director de la Oficina Subregional de la OIT para los Países Andinos, Lima.

¹ Véase Nicolas Valticos, «Normas internacionales del trabajo y derechos humanos ¿Cómo estamos en vísperas del año 2000?», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 117, 1998, núm. 2, págs. 153-167.

² *Ibid.*, pág. 160.

³ *Ibid.*, pág. 165.

Naciones Unidas al nacer, empiezan a esbozarse fórmulas adaptadas de acción normativa y de redefinición del orden laboral [...] frente a una liberalización a ultranza».⁴

En efecto, frente a los cambios fundamentales que han venido aconteciendo en el mundo del trabajo como resultado de las profundas transformaciones en el ámbito de la economía, traducidos dichos cambios, entre otros, en la globalización y la liberalización de la economía, transferencias de capital, trayendo consigo el que se desconecten los mercados internacionales de capital de los mercados de trabajo nacionales con beneficios y riesgos asimétricos para el capital y el trabajo, la OIT ha buscado dar una respuesta a las profundas preocupaciones expresadas ante esta nueva realidad. Así, la OIT ha aportado un nuevo enfoque a su actividad y una nueva orientación a la asistencia técnica que la misma puede ofrecer a gobiernos, empleadores y trabajadores.

Fue en este espíritu que el Director General de la OIT propusiera, en su Memoria, ante la 87.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, junio de 1999, enderezar las futuras actividades de la Oficina Internacional del Trabajo teniendo como referencia el concepto que acuñara y propusiera en esa Memoria: *Trabajo Decente*.⁵

En dicho documento, el Director General indicó que siendo la misión de la OIT el mejorar la situación de los seres humanos en el mundo del trabajo, esa misión estaba en concordancia, en nuestros días, con el afán general, en una coyuntura de grandes cambios, de encontrar oportunidades de trabajo decente. Consecuentemente, la OIT debía proponer la promoción de «oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana».⁶

La finalidad propuesta traía consigo importantes consecuencias en el orden normativo, inherentes al mandato de la Organización. Al respecto, cabe recordar que en el preámbulo de la Constitución de la OIT, de 1919, se aboga por el mejoramiento de las condiciones de trabajo, independientemente del lugar en donde se trabaje, tanto en la economía estructurada como en la no estructurada, en casa o en asociaciones locales o de carácter voluntario. Pero ello implica, al mismo tiempo, que la búsqueda del mejoramiento de las condiciones de trabajo, la defensa de los derechos en el trabajo, conlleva necesariamente la obligación de promover las posibilidades del trabajo propiamente dicho. Por ende, la función normativa de la OIT debería considerarse como un instrumento cuya misión es la de fomentar las dotes individuales y de ampliar oportunidades de encontrar un trabajo productivo y de ganarse la vida decentemente.

⁴ *Ibid.*, pág. 165.

⁵ Véase *Trabajo Decente*, Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo, 87.^a reunión, 1999.

⁶ *Ibid.*, p. 4.

Lo anterior nos conduce forzosamente a reflexionar sobre el papel que las normas internacionales del trabajo pueden jugar en el proceso de construcción de una propuesta de trabajo decente para todos, y con ello, dar respuesta a los embates que las normas internacionales del trabajo, así como los derechos humanos fundamentales, están sufriendo debido a la globalización y liberalización de la economía.

En este orden de ideas, lo primero que deberíamos considerar son las normas fundamentales en el trabajo. Estas normas, reconocidas por la comunidad internacional y consagradas en la Declaración de Principios y Derechos en el Trabajo, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1998, constituyen sin duda la base esencial de todas las otras normas que, adoptadas a lo largo de la historia de la OIT, contribuyen a promover la creación de empleos y el mejoramiento de las condiciones de trabajo en todos los ámbitos en que se realice un trabajo, consecuentemente constituyen la base de la promoción de un trabajo decente.

En este contexto, no podemos sino considerar las normas internacionales de trabajo, en su conjunto, como uno de los instrumentos fundamentales para la realización del mencionado trabajo decente.

El reconocimiento que se hace del valor y el aporte que las normas internacionales del trabajo pueden hacer en la consecución de un trabajo decente como desiderata para todos los trabajadores, plantea, sin lugar a dudas, el debate que desde hace algunos años viene dándose en relación con las normas internacionales del trabajo. Este debate plantea el valor de las normas internacionales del trabajo como un motor de progreso económico y social o, por el contrario, como un obstáculo a la realización del desarrollo económico y por ende del progreso social.⁷

Por eso, nos parece necesario referirnos en las próximas páginas, en primer lugar (II), de manera breve, a dicho debate – puesto de relevancia por la revisión de las posiciones que están llevando a cabo ciertos organismos internacionales, y no de menor importancia, tales como el Banco Mundial, frente a las normas internacionales del trabajo. En una segunda parte (III) nos referiremos al tema de las normas fundamentales en el trabajo y, de manera más general, a las normas internacionales del trabajo y su aporte a la construcción del trabajo decente.

⁷ Véase Eddy Lee, «Mundialización y normas del trabajo. Puntos del debate», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 116, 1997, págs. 189-206.

II. Las normas internacionales de trabajo: elemento de traba al desarrollo económico o factor de progreso económico y social

La discusión acerca del papel que las normas internacionales del trabajo pueden jugar como factor que limita en ciertos aspectos el desarrollo económico y por ende el progreso social se plantea tanto a nivel internacional como nacional; empero, la realidad y los análisis emprendidos por diferentes instancias, incluidos los organismos financieros internacionales, han llevado a considerar que las normas internacionales del trabajo y su debido respeto constituyen uno, entre otros, de los factores del desarrollo económico y, por ende, del progreso social.

1. Normas internacionales de trabajo y desarrollo económico

La discusión sobre las normas internacionales del trabajo como elemento que puede frenar el desarrollo económico se ha situado a menudo a la luz del análisis que se lleva a cabo del comercio internacional y de la concurrencia en el mismo de los productos elaborados por los diferentes países cuyos niveles de regulación del mercado de trabajo y, por ende, de los costos sociales son diferentes. Esta discusión pareciera haberse acentuado desde que la economía internacional se ha liberalizado y el proceso de globalización de la economía se ha desarrollado.⁸

Sin embargo, ya en los años ochenta se empezó a considerar que las normas internacionales del trabajo podían tener un impacto negativo en las economías nacionales cuyos niveles de desequilibrio y distorsión trajeron consigo la intervención de los organismos internacionales que iniciaron la aplicación de las llamadas políticas de ajuste estructural.

1.1 Normas internacionales de trabajo y ajuste estructural

El desajuste económico identificado en el seno de diferentes Estados cuya creciente deuda interna y externa había repercutido en el ámbito de los mercados internacionales, trajo consigo una intervención internacional, mediante la aplicación de políticas denominadas de ajuste estructural. Estas políticas pregonaban frecuentemente, entre otros, una desregulación en materia laboral, para, según esto, permitir que el juego de los mercados determinase las condiciones de trabajo que pudiesen considerarse las más adecuadas, lo que debería contribuir con

⁸ Véase, entre otros, Ajit Singh and Ann Zarumit, *The global labour standards controversy: critical issues for developing countries, South perspectives*, 2000; Werner Sengemberger, *Globalization and social progress: the role and impact of international labour standards*, Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn, 2002; Kimberly Ann Elliot and Richard Barry Freeman, *Can Labor Standards Improve under Globalization?*, Institute for International Economics, Washington D.C., 2003.

ajustes económicos internos necesarios, al saneamiento de la dichas economías, lo que a su vez contribuiría al reforzamiento de los mercados internacionales y del sistema financiero internacional.⁹ La puesta en tela de juicio de una legislación protectora del trabajo fue, durante años, una constante en la política de los organismos financieros internacionales.¹⁰

A este respecto se discutía, en particular, el papel de las normas internacionales del trabajo y su reflejo en la legislación laboral respectiva, como instrumentos reguladores del mercado de trabajo al prever las condiciones de trabajo (salarios mínimos, protección del salario) y la protección de los trabajadores (seguridad en el empleo, indemnizaciones en caso de despido). Esta situación impedía, según los teóricos de las políticas del ajuste estructural, la adaptación de las empresas nacionales a los ingentes requerimientos del mercado internacional al limitar o impedir su competitividad, dado que – como resultado de esa regulación del mercado del empleo – los productos nacionales resultantes de ese trabajo regulado sería más onerosos y por ende menos competitivos en el ámbito internacional.

Por ende, entre otras medidas, se pregonó la desregulación del mercado de trabajo, incluyendo aquellas normas que reconocían derechos fundamentales en el trabajo.

1.2 Normas internacionales del trabajo frente a los procesos de globalización y liberalización de la economía

Estas posiciones se han mantenido y desarrollado a lo largo de los años noventa en el marco de la globalización, liberalización de la economía y flexibilización en todos los ámbitos, en particular en el del trabajo. Más aún, quienes propugnan este tipo de liberalización, como aconteció durante la aplicación de las políticas de ajuste estructural, llegan incluso a cuestionar y negar el ejercicio de derechos fundamentales, tales como el de sindicalización y, su corolario, de negociación colectiva, al ser estos instrumentos del establecimiento de condiciones de trabajo generalmente más ventajosas que aquéllas reconocidas por la legislación nacional.

Sin embargo, los resultados de las políticas de ajuste estructural y de los procesos de globalización y liberalización de la economía han traído consigo, generalmente, resultados más negativos que positivos en la esfera social. En aquellos países en que se aplicaron las políticas de ajuste estructural se contrajo el gasto público y, por ende, los efectivos humanos del Estado; se procedió a una serie de privatizaciones, como continúa haciéndose en el marco de la libe-

⁹ Véase Roger Plant, *Normas del trabajo y ajuste estructural*, OIT, Ginebra, 1995.

¹⁰ Véase Banco Mundial, *The third report on adjustment lending: Private and public resources for growth*, Washington D.C., 1992.

realización de las economías, lo que trajo consigo ajustes en las empresas que se traducen frecuentemente en el despido masivo de los trabajadores, con el consecuente aumento del desempleo y pérdida para esas empresas de mano de obra en ocasiones altamente calificada. Esto se lleva a cabo sin que se hayan adoptado las medidas necesarias de readaptación y capacitación profesional o los mecanismos de reinserción en el mercado de trabajo.

El análisis de diferentes casos en donde estas políticas han sido aplicadas, parecieran indicar que en poco o nada se contribuyó a un real saneamiento de las economías nacionales ni a una mejor irrupción de los productos de estos países, en particular tratándose de materias primas, en los mercados internacionales. En cambio, todo pareciera indicar que tanto las políticas de ajuste estructural como las de liberalización, aplicadas sin salvaguardas sociales, sí han contribuido a un empeoramiento de las condiciones de trabajo de las grandes masas, acrecentándose el desempleo y con ello los desequilibrios sociales, creándose por ende un mayor grado de inestabilidad social.

Esto ha traído consigo que los principales impulsores de las mencionadas políticas de ajuste estructural y de liberalización de las economías hayan empezado a revisarlas. En el ámbito que nos interesa, es importante subrayar, la reflexión que se ha emprendido, en particular, en relación con los supuestos impactos negativos de la legislación laboral y de las normas internacionales de trabajo en las economías de los países. Se ha puesto una particular atención al impacto que los derechos fundamentales en el trabajo han tenido en las economías nacionales y en sus procesos de desarrollo.

2. Las normas internacionales del trabajo: bases para un desarrollo económico y social sostenible

Pareciera importante señalar, en primer término, que tanto los derechos fundamentales en el trabajo, reconocidos en los ocho convenios internacionales del trabajo,¹¹ como en general, los demás convenios internacionales del trabajo se consideran como normas mínimas de protección social, instrumentos flexibles adaptables a las condiciones particulares de los diferentes Estados.

Los convenios internacionales del trabajo, son, sin ambigüedad alguna, tratados de derecho internacional que tienen fuerza legal y de ejecución en los

¹¹ Estos convenios son los siguientes: Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) y el convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29) y Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105); Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138) y el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182); Convenio sobre la igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100) y Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).

Estados que los han ratificado.¹² De hecho, las normas de la OIT tienen un alcance mucho más amplio que trasciende el de las legislaciones nacionales que fijan condiciones de trabajo, regulan relaciones profesionales, establecen protección mínima a los trabajadores y prevén reglas en relación con la administración del trabajo. En efecto, las normas internacionales del trabajo cubren cuestiones relacionadas con el empleo, la puesta en valor de los recursos humanos y la política social. Consecuentemente, van más allá del marco limitado de una legislación del trabajo y de relaciones profesionales, y cubren campos del dominio de la política social, política esta que frecuentemente ha sido puesta en tela de juicio por las políticas de ajuste estructural o por los procesos de globalización y liberalización del comercio internacional.

Teniendo en cuenta lo anterior y frente a los constantes embates de que han sido objeto las normas internacionales del trabajo y los derechos por ellas reconocidos, poco a poco fue surgiendo en diferentes ámbitos y, en particular, en los foros internacionales, la convicción de que era necesario preservar ciertos derechos reconocidos por las normas internacionales del trabajo.¹³ Del conjunto de estos derechos, se consideró que algunos de ellos constituían la base esencial de un desarrollo económico con carácter social.

En un primer término se pensó que para construir un desarrollo económico con el mínimo respeto social, combatiendo así una concurrencia desleal en el comercio internacional, se debería velar por el respeto de un cierto número de derechos reconocidos por ciertos convenios de la OIT. Caso de que esos derechos no fuesen respetados, se debían adoptar sanciones de carácter económico contra aquellos Estados que se encontrasen en tal situación. Fue así como surgió la idea de la adopción de una cláusula llamada social.

Empero, la adopción de una cláusula social en los acuerdos comerciales internacionales tendiente a preservar un cierto número de derechos de los trabajadores no prosperó y fue objeto de una decidida oposición en diferentes foros internacionales.

En ese orden de ideas, se consideró sin embargo, en particular en la Cumbre Social de Copenhague (1995) y en la Primera reunión de Ministros de Comercio de Singapur (1996), que la regulación de las cuestiones laborales era competencia exclusiva de la Organización Internacional del Trabajo. Se reconoció, asimismo, que correspondía a esta Organización velar por la difusión de esos derechos y el respeto debido a los mismos.

Tanto el rechazo a incluir una cláusula social en los acuerdos comerciales como el desafío planteado por las posiciones adoptadas por los representantes

¹² A este respecto, véase Nicolas Valticos, *Droit international du travail*, Dalloz, 2^e éd., Paris, 1983, págs. 127 y siguientes.

¹³ Véase Georges Spyropoulos, «Encadrement social de la mondialisation de l'économie: bilan et perspectives d'avenir de l'action normative au niveau internationale dans le domaine du travail», en *Droit Social*, núm. 6, junio de 1996, págs. 551-561.

de los Estados reunidos en Copenhague como en Singapur, fueron examinados por el entonces Director General de la OIT en la Memoria que presentara a la 85.ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo.¹⁴ En dicho documento se consideraron y propusieron diferentes posibles respuestas que la OIT podría adoptar a fin de preservar los derechos fundamentales en el trabajo, reconociendo que estos derechos constituían una condición esencial del progreso social.¹⁵

Finalmente, en base a las propuestas antes mencionadas, para responder a este reconocimiento, que implicaba a la vez un requerimiento y un compromiso, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó, en 1998, la *Declaración sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*. En dicha Declaración se reconocen cuatro categorías de principios y derechos fundamentales: la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil, y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.¹⁶

La OIT aportaba así una respuesta precisa a las exigencias de la comunidad internacional que reclamaba las bases para un desarrollo económico justo, equitativo y durable. Las cuatro categorías de principios y derechos reconocidos por la Declaración son, a su vez, la base para el reconocimiento y desarrollo de otros derechos en el trabajo, tales como un salario mínimo, la protección de ese salario, una seguridad social mínima, una seguridad ocupacional, el desarrollo de un diálogo social, mediante el cual se fortalecen los derechos antes indicados y que constituye, al mismo tiempo, el cimiento para el desarrollo de empleos decentes.

Los principios y derechos así establecidos implicaban un reconocimiento de la importancia de los mismos en el contexto de una economía globalizada en proceso de integración. Los principios y derechos fundamentales recogidos en la Declaración de la OIT sirven, consecuentemente, de marco para el cumplimiento de otras normas de trabajo y de los objetivos de desarrollo y, por ende, promueven el progreso social junto con el desarrollo económico esperado de los flujos comerciales y financieros.¹⁷ Estos principios, como ya se indicó, se recogen en los ocho convenios de la OIT considerados como convenios fundamentales.

Una serie de estudios de la propia Oficina Internacional del Trabajo, pero también de otras instituciones, han podido demostrar que el respeto de los

¹⁴ Véase *La acción normativa de la OIT en la era de la mundialización*, Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo, 85.ª reunión, 1997.

¹⁵ *Ibid.*, págs. 13-36.

¹⁶ Véase Anne Trebilcock, «Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento», en *Las Normas Internacionales del Trabajo. Un enfoque global*, OIT, Ginebra, 2001, págs. 17-27.

¹⁷ Véase *Reducir el déficit de trabajo decente. Un desafío global*, Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo, 89.ª Reunión, 2001, pág. 61.

derechos fundamentales en el trabajo, y con él el de otros derechos laborales, permiten crear el clima social necesario que contribuirá al desarrollo económico de la sociedad. Algunos de esos estudios son mencionados en la Memoria del Director General, presentada en 2001, a la 89.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, tanto en relación con los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, como con el derecho de igualdad y no discriminación o, incluso, con relación a la seguridad ocupacional o el impacto del dialogo social y la formación profesional.¹⁸ Todos esos estudios tienden a confirmar los asertos antes enunciados. Más aún, cabe señalar que el respeto de los derechos fundamentales en el trabajo y, en general, de los derechos pregonados por las normas internacionales del trabajo, contribuyen a la consolidación de sociedades más democráticas que son, a su vez, la base necesaria para un desarrollo económico sostenible.¹⁹

A este respecto, pareciera de suma importancia referirse a los estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)²⁰ y al no menos importante del Banco Mundial.²¹ Las conclusiones de esos estudios indican, de manera muy resumida, que el desarrollo de las relaciones laborales en diferentes países puede ser esencial en los esfuerzos empeñados por las empresas para encontrar el equilibrio entre su competitividad con el mejoramiento de las condiciones de trabajo y el otorgamiento de salarios equitativos. Consecuentemente, un buen funcionamiento del mercado laboral es fundamental para obtener resultados económicos sólidos así como el futuro crecimiento económico y, por ende, para el bienestar de los trabajadores y de sus familias. Se indica, asimismo, que altas tasas de sindicalización, a nivel macroeconómico, conducen a una menor desigualdad en los salarios y pueden mejorar el

¹⁸ Véase, entre otros D. Brown, «International trade and core labour standards: A survey of the recent literature», *Labour Market and Social Policy-Occasional Papers No. 43*, OCDE, París, 2000; Eddy Lee, «Mundialización y normas del trabajo. Puntos del debate», en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 116, 1997; Virginie Pérotin y Andrew Robison, «Employee participation and equal opportunities practices: productivity effect and potential complementarities», *British Journal of Industrial Relations*, vol. 38, 2000, págs. 557-593; Stephan Klasen, «Does gender inequality reduce and growth and development? Evidence from cross-country regressions», Banco Mundial, Gender and development working paper series No. 7, 1999; Banco Mundial: *Engendering development*, Washington D.C., 2000; Werner Sengenberger, *Employment, development and economic performance of Finland*, Ginebra, OIT; Torkel Alfthan y colaboradores, *Global restructuring, training and social dialogue*, Ginebra, OIT, 2000.

¹⁹ Véase Dani Rodrik, «Democracy and economic performance», documento preparado para la Conferencia sobre democratización y reforma económica en Sudáfrica, Ciudad del Cabo, 1998; Dani Rodrik, *The new global economy and developing countries: Making openness work*, Overseas Development Council, Washington D.C., 1999; Raaj Kumar Sah, «Fallibility in human organizations and political systems», *Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, 1991, págs. 67-88.

²⁰ Véase *Trade, employment and labour standards: A study of core worker's rights and international trade*, OECD, París, 1996; y más recientemente: OCDE/STPS, *Comercio internacional y estándares básicos*, México, 2000.

²¹ Véase Toke Aidt y Zafiris Tzannatos, *Unions and collective bargaining: economic effects in a global environment*, Banco Mundial, Washington D.C., 2002.

rendimiento económico (en la modalidad de una tasa más baja de desempleo e inflación, mayor productividad y un ajuste más acelerado ante perturbaciones.) En fin, se subraya el hecho de que el pertenecer a un sindicato reduce las diferencias salariales entre los trabajadores con destreza y aquéllos que no la tienen, así como entre hombres y mujeres, y, en ciertos países (México, Canadá) reduce la discriminación contra los pueblos indígenas.

Según el comunicado de prensa que diera a conocer el resultado del estudio del Banco Mundial, uno de los autores del estudio indicó que «las normas laborales ya no pueden seguir siendo una preocupación únicamente de cada gobierno sino que deben serlo de toda la comunidad internacional. [Subrayó que] Las normas de trabajo son ahora un punto destacado del temario internacional y las probabilidades indican que seguirán en el mismo durante bastante tiempo».

Lo que precede, nos permite afirmar sin ambages que el respeto y debida aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo constituyen, en primer término, el marco necesario para la aplicación y el respeto de otros derechos consagrados en los convenios internacionales del trabajo; el respeto y aplicación de estos principios y derechos fundamentales y de los convenios internacionales del trabajo son a la vez el marco necesario para un desarrollo económico y social sostenible, el que, por lo demás, sólo puede asegurar un trabajo decente para todos los hombres y mujeres de nuestro planeta.

En consecuencia, vale la pena referirse de manera sucinta, en las siguientes páginas, a la relación intrínseca que existe entre derechos fundamentales en el trabajo, normas internacionales del trabajo y trabajo decente, éste último considerado como una respuesta eficaz a los impactos de la globalización y de la liberalización de la economía.

III. Principios y derechos fundamentales en el trabajo, normas internacionales del trabajo y trabajo decente

En la Memoria que el Director General consagrara a analizar el déficit del trabajo decente, se indica que: «La reducción del déficit de trabajo decente es la vía adecuada para la reducción de la pobreza y una mayor legitimidad de la economía global». ²² Al mismo tiempo, se indica que «mientras que el éxito de una economía suele medirse mediante índices de crecimiento de la producción o de los ingresos, el progreso social se calcula en base al goce de ciertos derechos y libertades, de seguridad y de protección social». ²³

A este propósito, puede considerarse que el trabajo realizado en condiciones decentes, que es remunerado adecuadamente y al que se le ofrece la protección mínima necesaria, puede contribuir, y de hecho contribuye, a la eficacia económica y es a la larga más rentable. Pero para que esto acontezca, se debe, como se ha reiterado, garantizar el respeto a los principios y derechos fundamentales en el trabajo reconocidos en los ocho convenios fundamentales de la OIT y, a la vez, a los derechos reconocidos en los otros convenios internacionales del trabajo. Son estos, los que constituyen las bases esenciales de una adecuada política social y el marco necesario para la realización de un trabajo decente.

Consecuentemente, nos parece interesante examinar algunas de las normas que de respetarse y aplicarse pueden contribuir a la realización de un trabajo decente en los Estados Miembros de la OIT. En primer término, nos referiremos a los principios y derechos fundamentales como marco indispensable para la realización del trabajo decente, para con posterioridad referirnos brevemente a las otras normas internacionales del trabajo que contribuyen al desarrollo y consolidación del mismo.

1. El marco indispensable para la realización del trabajo decente: Las normas fundamentales en el trabajo

Para luchar contra las consecuencias sociales negativas de los procesos económicos a que nos hemos referido con anterioridad y los remedios propuestos por, entre otros, los organismos financieros internacionales (ajustes estructurales, liberalización de la economía), la OIT ha ofrecido un instrumento de suma importancia: la Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo.

El postulado esencial es que el respeto de las cuatro categorías de principios y derechos fundamentales (libertad de asociación y libertad sindical y derecho a la

²² Véase *Reducir el déficit de trabajo decente, op. cit., supra* nota 17, pág. 13.

²³ *Ibid.*, pág. 22.

negociación colectiva; lucha contra toda las formas de trabajo forzoso; erradicación del trabajo infantil, no discriminación en el empleo y ocupación), constituyen la base de un trabajo decente. No es pues de asombrar que en la definición propuesta de este concepto se enuncie el respeto a los derechos fundamentales del trabajo.

Se ha dicho reiteradamente que el respeto de esos derechos fundamentales constituye la base para la construcción de una sociedad más democrática. Pareciera evidente, y ciertos estudios así lo han demostrado, que los países con tradición democrática suelen encontrarse en mejores condiciones para mantener su estabilidad ante las conmociones económicas. Esto se debe, por una parte, al hecho de que el respeto a la libertad sindical garantiza el desarrollo de relaciones más sanas y estables que permiten mediar en los conflictos sociales, crear espacios de diálogo y concertación y prever condiciones de trabajo más adecuadas en las que las aspiraciones de los trabajadores se puedan ver realizadas, contribuyendo con ello a una productividad más elevada.

La lucha contra el trabajo forzoso, por otra parte, constituye, en primer lugar, un *desideratum* de toda sociedad democrática, no fuera sino por simple razones éticas. Pero a estas razones se añaden otras de carácter práctico que han sido demostradas en numerosos casos y que tienen evidentes repercusiones económicas. Vale recordar las medidas recomendadas por la Conferencia Internacional del Trabajo en el caso de un Estado que ha violado de manera sistemática el convenio que recoge el derecho a no ser obligado, bajo coerción, a trabajar so pretexto de contribuir al desarrollo del país.²⁴ Por ende, un Estado que sea respetuoso del derecho de los trabajadores a elegir libremente su trabajo y su incorporación al mismo, es un Estado que está respetando las bases mínimas para la existencia de un trabajo decente.

De igual forma, el Estado que garantice el derecho de los menores a poder desarrollarse intelectual, física y moralmente a fin de llegar al mercado de trabajo con sus capacidades debidamente desarrolladas, y abandere la lucha contra las peores formas de explotación de la actividad infantil, es un Estado que está contribuyendo a cimentar una sociedad democrática, respetuosa de uno de los derechos fundamentales del ser humano. Consecuentemente, dicho Estado está creando las bases de un desarrollo económico con carácter social, al permitir a su niñez un desenvolvimiento que le dará más tarde la oportunidad de participar plenamente en el desarrollo económico del país.

Finalmente, pero no por ello menos importante, un Estado que hace del respeto a la igualdad y de la lucha contra la discriminación de todo tipo, un ba-

²⁴ Véase Medidas recomendadas por el Consejo de Administración en virtud del artículo 33 de la Constitución – Cumplimiento de las recomendaciones contenidas en el informe de la Comisión de Encuesta titulado *Trabajo forzoso en Myanmar (Birmania)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 88.ª reunión, 2000, *Actas*, págs. 6-4/1 y sigs. y Curso dado por el Gobierno de Myanmar a las recomendaciones de la Comisión de Encuesta instituida para examinar la observancia del Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), GB.279/6/2 (noviembre de 2000).

luarte de su acción cotidiana contribuye al desarrollo económico y social como ha sido comprobado mediante diferentes estudios. Por otra parte, como se ha demostrado, las empresas que aplican políticas de igualdad de oportunidades y no discriminación tienden a ser más productivas.

De lo que antecede se puede concluir que los principios y derechos fundamentales en el trabajo constituyen los cimientos del trabajo decente; éste a su vez forma parte del desarrollo económico y social que es a la vez una aspiración y una condición previa, un objetivo y una medida de progreso, tal como lo enunciara el Director General en su Memoria sobre el déficit de trabajo decente.²⁵

2. Desarrollo y consolidación del trabajo decente mediante las normas internacionales del trabajo

Desde su creación, la OIT ha propugnado, mediante su actividad normativa, al mejoramiento de las condiciones de trabajo, dando así cumplimiento al mandato establecido en su Constitución. Esta actividad normativa, como hemos dicho, constituye un *corpus* jurídico que va más allá del marco limitado de una legislación del trabajo y de relaciones profesionales, y cubre campos del dominio de la política social. En efecto, las normas internacionales del trabajo cubren cuestiones relacionadas con el empleo, la capacitación, formación profesional y puesta en valor de los recursos humanos, la protección social en sus dos vertientes: la seguridad social y la seguridad y salud en el trabajo, el dialogo social; temas todos ellos vinculados íntimamente con la definición de una política social y que contribuyen a la construcción del trabajo decente.

2.1 Normas internacionales de trabajo y creación de empleos

Como se ha dicho antes, la función normativa de la OIT conlleva la misión de fomentar las dotes individuales y de ampliar oportunidades de encontrar un trabajo productivo y, por ende, contribuir con los Estados al desarrollo de políticas tendientes a la creación de empleos. Entiéndase bien, no se debe esperar que las normas de la OIT sean el factor de creación de empleos. Lo que sí es posible y válido esperar es que las normas internacionales del trabajo creen el marco jurídico e institucional adecuado en un Estado determinado para que el mismo pueda desarrollar sus políticas sociales. En este orden de ideas, las normas internacionales del trabajo pueden igualmente crear el medio adecuado para que los Estados, con el apoyo de la OIT, puedan definir políticas de empleo, tal como lo propugna el Convenio núm. 122 sobre política del empleo, adoptado en 1964.

²⁵ Véase *Reducir el déficit de trabajo decente, op. cit., supra* nota 17, pág. 31.

Las políticas así definidas deberían promover el pleno empleo, productivo y libremente elegido. Las disposiciones del Convenio núm. 122 y de la Recomendación núm. 122 sobre la política del empleo, han sido complementadas con la Recomendación núm. 169 que propone disposiciones complementarias a los mencionados instrumentos. A fin de auxiliar administrativamente la puesta en práctica de esas políticas, la OIT ha adoptado ciertos instrumentos con ese fin: el Convenio núm. 88, con su correspondiente Recomendación, sobre los servicios del empleo. Dicho instrumento propone la creación de servicios de empleo público y gratuito, responsable de organizar el mercado del empleo del mejor modo posible. Por otra parte, existe igualmente el Convenio núm. 181 y la Recomendación núm. 188 sobre las agencias de empleo privadas, que asumen que las agencias de empleo privadas pueden realizar un aporte substancial a la eficiencia del mercado del empleo, teniendo un papel complementario de los servicios públicos.

Sin embargo, una fuerza de trabajo sin la capacitación o formación profesional adecuada concurriría al mercado del empleo con grandes desventajas. Por ello, la OIT considera que es necesario establecer e impulsar políticas de desarrollo de los recursos humanos a fin de desarrollar programas de orientación y formación profesional en estrecha relación con el empleo. A tales efectos, se ha adoptado el Convenio núm. 142 sobre desarrollo de recursos humanos y su correspondiente Recomendación.

Como se ha dicho con certeza, el acceso al trabajo es el medio más seguro para salir de la pobreza, los derechos de los trabajadores son inexistentes en tanto éstos no cuenten con un trabajo. El principio enunciado en la definición de trabajo decente acepta esta premisa y es por ello que propugna la creación de empleos en todos los niveles y ámbitos posibles como un objetivo esencial de las políticas sociales del Estado. Las normas existentes de la OIT en este campo deben de servir de marco para llevar a cabo esta urgente tarea.

2.2 Normas internacionales de trabajo y protección social

No basta que se creen empleos, es necesario que estos empleos sean decentes, es decir que cuenten con un mínimo de protección social. Esta protección se traduce en la garantía de una remuneración justa, de una seguridad en el empleo, de condiciones mínimas de trabajo y sobre todo de seguridad y salud en el trabajo, así como de una mínima seguridad social garantizada. Sólo en estas condiciones, se puede considerar un trabajo como decente y sólo el trabajo decente puede garantizar niveles adecuados de eficacia, de productividad y, con ello, de una buena competitividad de las empresas en que ellos laboran.

Pero no hay que llamarse a engaño, las normas internacionales del trabajo, como es sabido, pero importa subrayarlo en este caso particular, son, por una parte, mínimos sociales propuestos a los Estados Miembros de la OIT. Por la

otra, dichas normas contienen generalmente la llamada cláusula de flexibilidad que permite la adaptación de esas normas a las realidades específicas de cada país. De manera tal que frente a las preocupaciones de los trabajadores de contar con un mínimo de seguridad en sus puestos de trabajo y las exigencias de las empresas que piden flexibilidad en aras de la competitividad, las normas internacionales del trabajo tendrán una respuesta adecuada para ambas partes.

Los diferentes temas antes relacionados con un trabajo que cuente con mínimos de seguridad que hemos enunciado han sido objeto de diferentes instrumentos jurídicos adoptados por la OIT. Así, en el campo de la remuneración, la Conferencia Internacional del Trabajo ha adoptado por los menos ocho instrumentos, tres convenios y otras tantas recomendaciones. Nos importa recordar el Convenio núm. 131 sobre la fijación de salarios mínimos. Sus disposiciones tienden a que se garantice una remuneración mínima que pueda satisfacer las necesidades del trabajador y su familia, teniendo en cuenta las condiciones económicas del país y la adecuada rentabilidad de las empresas.

Por su parte, el Convenio núm. 95, propone una serie de disposiciones tendientes a proteger el salario de los trabajadores. La importancia de las disposiciones de este Convenio es de tal envergadura que la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones de la OIT indicó en su último Estudio General que «la Comisión considera que el Convenio sobre la protección del salario es un Convenio «fundamental» en el sentido comúnmente aceptado de la palabra y, efectivamente, concede protección en un sector que afecta considerablemente los derechos establecidos en los ocho convenios de la OIT oficialmente designados como «fundamentales».²⁶

En relación con la seguridad en el empleo que los trabajadores reclaman y que una buena parte de las legislaciones nacionales hasta muy recientemente garantizaban, la OIT ha adoptado el convenio núm. 156 sobre la terminación de la relación de trabajo y su correspondiente Recomendación núm. 166. El principio rector del Convenio es que la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador no es aceptable para las categorías de trabajadores comprendidos en el Convenio. Dicha terminación entraña para el trabajador pesadas consecuencias y debería limitarse a los casos en los que exista una causa justificada, entre las enunciadas en este instrumento, teniendo en cuenta que el despido injustificado acarrea igualmente para el empleador consecuencias graves al deshacerse de una mano de obra calificada.

Por otra parte, la protección social necesaria para que un trabajo pueda ser considerado decente, tiene su mejor expresión en el ámbito de la seguridad

²⁶ Véase *Protección del salario. Normas y salvaguardias relativas al pago de la remuneración de los trabajadores*, Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 95) y a la Recomendación (núm. 85) sobre protección del salario, 1949, Conferencia Internacional del Trabajo, 91.ª reunión, 2003, *Informe III (Parte 1B)*, pág. 311.

y salud en el trabajo y en el de la seguridad social mínima. Frecuentemente se considera que hacer inversiones en medidas de seguridad en el trabajo, en garantizar medios para asegurar la salud de los trabajadores en los centros de trabajo o en los sistemas de seguridad social, constituyen cargas adicionales que pueden poner en entredicho la competitividad de las empresas debido al aumento de sus costos sociales. Empero, estudios relacionados con los altos costos sociales que los accidentes y enfermedades profesionales provocan llevan a concluir que las inversiones que las empresas hagan en estos campos son inversiones que, a mediano y corto plazo, redundan en beneficio de las propias empresas, aseguran su competitividad y benefician, en fin, a la sociedad en general.²⁷ Por su parte, otros estudios han comprobado que las inversiones que se hacen para garantizar niveles mínimos de seguridad social redundan en el desarrollo económico y en la recuperación del empleo.²⁸

En uno y en otro caso, la OIT se ha dotado de una serie de instrumentos que permitirían a los Estados Miembros encontrar el arsenal jurídico que contribuiría a la construcción de políticas nacionales en los campos de la seguridad y salud en el trabajo así como en el de la seguridad social.

En el primer caso, no vamos a referirnos al número considerable de convenios, recomendaciones y códigos de conducta que han sido adoptados por la OIT, valga señalar sólo dos de esos instrumentos, el Convenio núm. 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores y el Convenio núm. 161 sobre servicios de salud en el trabajo. Ambos instrumentos permiten definir políticas en el campo de la seguridad y salud ocupacional, dando directrices flexibles para coadyuvar con los Estados Miembros en la definición de políticas en esta materia.

En el campo de la seguridad social, la OIT adoptó hace muchos años (1952) el Convenio núm. 102 sobre la norma mínima en el ámbito de la seguridad social que, a pesar de todos los embates que ha sufrido en los últimos años, sigue constituyendo un paradigma en la materia y es una base de referencia para los Estados Miembros que, con las flexibilidades que ofrece el propio Convenio, tengan la voluntad de construir un sistema mínimo de seguridad social.

2.3 Diálogo social y normas internacionales del trabajo

Toda acción emprendida por la OIT, por su propia naturaleza, se construye sobre la base del diálogo tripartito, participativo y comprometido. Este diálogo tripartito resulta esencial en la elaboración de un proyecto de trabajo decente a nivel nacional. A nivel de las empresas o industrias no puede existir

²⁷ Véase Jukka Takala, «Global estimates of fatal occupational accidents», *Safety and health at work: ILO-CIS bulletin*, vol. 13, No. 1, 1999.

²⁸ Véase Sengenberger, *op. cit.*, *supra* nota 18.

un trabajo decente sin que se establezca un diálogo tripartito, cooperativo y constructivo. El respeto de los derechos fundamentales en el trabajo, el respeto y aplicación de las normas internacionales del trabajo, el establecimiento de mejores y adecuadas condiciones de trabajo pasan necesariamente por el diálogo abierto, franco y de buena fe entre los interlocutores sociales y el gobierno.

Esta necesidad es reconocida en todos y cada uno de los instrumentos de la OIT. En efecto, en ellas se prevé de manera sistemática la consulta y el diálogo entre el Gobierno y los interlocutores sociales y entre estos mismos. Las propuestas de políticas de empleo; las de mejoramiento de las condiciones de trabajo; el establecimiento de sistemas de salarios mínimos y escalas de éstos; la definición de políticas de seguridad y salud en el trabajo y de seguridad social se definen, se establecen previa discusión entre los gobiernos interesados y los interlocutores sociales, de acuerdo con lo dispuesto por las normas internacionales de trabajo.

Pero todo lo que concierne a estas normas, su elaboración, adopción, ratificación y aplicación, es objeto igualmente de consultas, de un diálogo previo, tal como se prevé en el Convenio núm. 144 y la Recomendación que lo acompaña.

El diálogo social pregonado por la OIT es, pues, la traducción de la esencia de la Organización, pero es también la condición *sine qua non* para lograr los objetivos de la Organización y las propuestas que ésta formula, tal como el trabajo decente, para dar respuestas a las nuevas realidades dimanantes de un mundo en constante transformación.

De todo lo expuesto podemos concluir que las normas internacionales del trabajo constituyen la herramienta indispensable para convertir en realidad el trabajo decente. Dichas normas ofrecen una respuesta digna de crédito a la pregunta sobre lo que implica el trabajo decente en términos concretos en lo que se refiere a las condiciones previas necesarias para su existencia (principios y derecho fundamentales en el trabajo), a su contenido (trabajo que reúna ciertos criterios de calidad y seguridad), y el proceso en virtud del cual este objetivo se puede alcanzar (diálogo social).

Dicho lo anterior, y recordando lo señalado por Nicolas Valticos,²⁹ valdría la pena referirse a un tema esencial: el de la aplicación de las normas internacionales del trabajo. Si bien se ha dicho que la Organización Internacional del Trabajo se ha dotado desde sus inicios, al mismo tiempo, de un sistema normativo y de un sistema sólido de control de la aplicación de esas normas (lo que por otra parte constituye un indicador importante de la realización del trabajo decente), este sistema de control se basa en la voluntad de adhesión y de aplicación de las normas así aceptadas por los Estados Miembros y en el diálogo y persuasión cuando las mismas no se cumplen por dichos Estados. Sin embargo, surge el interrogante de saber si deberían buscarse otros métodos coercitivos de respeto

²⁹ Véase Valticos, *op. cit.*, *supra* nota 1, pág. 162.

y aplicación de las normas internacionales de trabajo; este interrogante se viene formulando desde hace algunos años y se renueva con relativa frecuencia.³⁰ Es cierto que la propia Constitución de la OIT ha dotado a la Organización de un instrumento de sanción que va más allá de la mera persuasión y permite avizorar sanciones que pueden ser incluso de carácter económico (artículo 33). Es cierto también que la Conferencia Internacional del Trabajo ha dado un paso adelante utilizando lo previsto en esta disposición de la Constitución en el caso de un Estado que violaba de manera reiterada las disposiciones de un convenio fundamental (Convenio núm. 29 contra el trabajo forzoso);³¹ empero, cabe preguntarse si no deberían seguir explorándose otros métodos que permitan consolidar el sistema de control de las normas internacionales de trabajo. La interrogante es de peso. Valga señalar, en todo caso, que un proceso de reflexión sobre sus métodos de trabajo se ha iniciado en el seno de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y en el de la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo. Debemos cifrar nuestras esperanzas porque las conclusiones a que estos órganos lleguen puedan contribuir a una consolidación del sistema de control de la OIT y con ello a la obtención de mejores indicadores sobre el avance en la consecución de un trabajo decente para todos los trabajadores y trabajadoras, como una respuesta eficaz a los efectos de la globalización y la liberalización de la economía.

V. Reflexiones finales

Una primera e importante constatación que desearíamos dejar asentada es que los principios y derecho de la OIT, contenidos tanto en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo como en los Convenios fundamentales y aquellos otros que se han mencionado a lo largo de este trabajo, son legítimos, tienen por sí mismos su valor y constituyen una fuente invaluable de inspiración de las políticas sociales de los Estados Miembros de la OIT.

Lo anterior es tanto más válido cuanto que la necesidad de aplicar políticas de ajuste estructural y los procesos de globalización y liberalización de la economía, procesos que resultan difíciles de eludir, se han llevado a cabo

³⁰ Véase Spyropoulos, *op. cit.*, *supra* nota 13. Más recientemente, véase *Reducir el déficit de trabajo decente, op. cit.*, *supra* nota 17, págs. 68-69.

³¹ Véase Conferencia Internacional del Trabajo, 88.ª reunión, 2000, *Actas*, págs. 6-4/1 a 6-4/24 y Documento GB.279/6/2 del Consejo de Administración (noviembre de 2000) Véase también la última discusión que sobre este asunto tuvo lugar en la Comisión de Aplicación de Normas, Conferencia Internacional del Trabajo, 92.ª reunión, 2004, *Actas provisionales*, núm. 24, tercera parte.

frecuentemente sin adoptar las necesarias válvulas de seguridad que garanticen los niveles mínimos de protección social y de los derechos de los trabajadores. Consecuentemente, la necesidad de respetar y aplicar los principios y derechos que emanan de las normas de la OIT se impone como una obligación universal. Esto no sólo por el principio de asegurar esa mínima protección social a los trabajadores sino por que esos principios y derechos son el marco social necesario a los procesos económicos antes señalados, marco sin el cual la efectividad de esos procesos no puede garantizarse.

Por otra parte, a fin de dar una respuesta renovada a los efectos sociales negativos de los procesos mencionados de ajuste estructural, de globalización y de liberalización de la economía, además del arsenal jurídico que la OIT ha elaborado en el decurso del tiempo, ésta se ha dado a la tarea de promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan lograr un *trabajo decente* y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana.

Antes de dar por concluido este trabajo, desearía recordar una vez más el pensamiento de Nicolas Valticos en su agudeza. En un artículo publicado en la *Revue générale de droit international public*³² al examinar las reflexiones aportadas por dos publicaciones relacionadas con estudios económicos sobre las normas, Valticos señalaba que «se debe admitir que lo económico no puede ser ignorado en el desarrollo social. Sin embargo, no se debería llegar a considerar lo económico como un fin en vez de un medio».³³ Y más adelante concluía enfático indicando que, a pesar de todo, la Cumbre Mundial de Jefes de Estados y de Gobiernos, que tuvo lugar en Copenhague en marzo de 1995, convocada por el Secretario General de las Naciones Unidas, se comprometió a alcanzar un desarrollo social satisfactorio. Y a continuación el propio Valticos se preguntaba: ¿cómo la comunidad internacional podía no recurrir a un instrumento, las normas internacionales del trabajo, que había dado pruebas de su utilidad para alcanzar dicho objetivo?

Creemos que la respuesta a esta gran interrogante del visionario Nicolas Valticos está siendo dada por la Organización Internacional del Trabajo, tal como hemos intentando reseñarlo en estas páginas.

³² Véase Nicolas Valticos, «Les conventions de l'Organisation internationale du Travail à la croisée des anniversaires», *Revue générale de droit internationale public*, vol. 100, 1996, págs. 6-43.

³³ *Ibid.*, pág. 29.

How the ILO's international labour standards can help in the fight against HIV/AIDS in the world of work

*Jane Hodges-Aeberhard**

I. Introduction

Nicolas Valticos was, above all, a humane man; he was concerned about the impact of modern-day scourges such as HIV/AIDS in the world of work. For just as the Human Immunodeficiency Virus eats away at the immune systems of human beings, the epidemic as a whole eats away at the hard won gains in working and living conditions within enterprises, working communities and, ultimately, nations. The ILO's policy framework instruments relevant to the world of work can provide a "social vaccine". The ILO has expertise, through its international labour standards and through its participatory approach, based on tripartism and social dialogue, that can be shared with decision-makers who want to join the fight against AIDS.¹

* InFocus Programme on Social Dialogue, Labour Law and Administration.

¹ This paper is based on previous research by the author, *Policy and Legal Issues relating to HIV/AIDS and the World of Work*, prepared as part of the ILO response to the *Windhoek Platform of Action* (Namibia, 1999) and updated at the XIVth International AIDS Conference, Barcelona, 7-12 July 2002.

II. Policy considerations: the process

To counter the HIV/AIDS catastrophe, there needs to be strong public policy, arrived at by a participatory process. The main policy elements include: (i) highest level political commitment in the form of Statement of Position against HIV/AIDS; (ii) legislative framework; (iii) enforcement mechanisms; (iv) adequate resource appropriation; (v) participation of the social partners and NGOs of and for persons living with HIV/AIDS (PLWHA); (vi) coordinated measures; (vii) community-based implementation.

A special word needs to be said about coordination. Presentations at the 11th International Conference on AIDS and STDs in Africa (ICASA) witnessed the need for comprehensive and coordinated policies at the national level. Uganda's reaction, for example, was described in the following terms: the National Strategic Framework for HIV/AIDS activities (1998-2002) was the outcome of a protracted process of extensive consultations among a wide range of stakeholders involved in the field of HIV.² The Framework, since updated, provides overall guidance for all activities geared towards preventing the spread of AIDS and mitigating its adverse health and socio-economic effects. In the planning for an expanded response, the country broadened the planning systems to bring on board other sectors on the basis of a multi-sectoral approach. This new approach recognized that, in the past, the Government and other key stakeholders had responded spontaneously to the pandemic under the overwhelming pressure of the increasing spread of the disease. Little time was devoted to developing a comprehensive vision and understanding of how best to utilize scarce resources, divide responsibilities and develop concrete mechanisms for coordination among all social partners in a bid to ensure maximum impact on reversing the rapid spread of the disease and mitigating its associated health, social and economic consequences. Since 2000, with the ILO's technical assistance, a national "tripartite plus" Task Force has been examining the reform of all Uganda's labour laws in a coordinated and participatory way. New texts covering non-discrimination at work on the basis of HIV/AIDS are hopefully to be adopted before the end of 2004.

The ILO's own tripartite structure and participatory approach to standard-setting likewise demonstrates the importance of involvement of the principal stakeholders – namely governments, employers' and workers' organizations – in the process of conceptualizing, planning, implementing and monitoring of a workplace HIV/AIDS policy. That is how the ILO adopted, in June 2001, the Code of Practice on HIV/AIDS and the world of work, a comprehensive piece of "soft law" to be used for:

² See 11th ICASA, Lusaka, Zambia, 12-16 September 1999, "Abstract Book: The Uganda National Strategic Framework for HIV/AIDS activities – an examination of how it might be done", p. 57.

- (i) developing concrete responses at enterprise, community, regional, sectoral, national and international levels;
- (ii) promoting processes of dialogue, consultations, negotiations and all forms of cooperation between governments, employers and workers and their representatives, occupational health personnel, specialists in HIV/AIDS issues and all relevant stakeholders; and
- (iii) giving effect to the Code's contents in national laws, policies, programmes of action, workplace agreements and in workplace policies and plans of action.

III. International labour standards framework

While the above-mentioned Code of Practice is the current state of the art position of the ILO, broader ILO instruments can also be used to underpin the fight against HIV/AIDS in the world of work. The ILO's 1998 Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work directs the Organization to give special attention to the problems of persons with special needs, and declares four groups of principles as requiring respect, promotion and realization whether or not the more precise Conventions on the subjects have been ratified by member States. The principle of non-discrimination in respect of employment and occupation is among these fundamental principles, and HIV/AIDS policy should base itself on that common value.

While there is no international labour Convention or Recommendation that specifically addresses the issue of HIV/AIDS in the workplace, there is a large number of instruments covering both protection against discrimination and prevention against infection that can be – and have been – used in this field. The ILO instruments relevant to HIV/AIDS are: (i) the 2001 Code of Practice on HIV/AIDS and the world of work; (ii) the ILO 1998 Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work; (iii) Convention No. 111 on equality of opportunity and treatment in employment; (iv) Convention No. 158 on termination of employment; (v) Convention No. 159 on vocational rehabilitation of workers with disabilities; (vi) Convention No. 98 on protection of the right to organise and collective bargaining and its “little sister” Convention No. 154 on promotion of collective bargaining; (vii) Convention No. 155 and Recommendation No. 164 on occupational safety and health and Convention No. 161 and Recommendation No. 171 on occupational health services; (viii) Convention No. 121 on employment injury benefits and Convention No. 102 on social security policy; (ix) instruments covering specific groups of workers, such as Convention No. 149 on nursing personnel, Conventions Nos. 97 and 143 on

migrant workers, and Convention No. 175 on part-time workers; and (x) the 1988 ILO/WHO Joint Declaration on HIV/AIDS in the Workplace.

Of principal interest is the key instrument on the right to equality at work, the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111).³ It bans any distinction, exclusion or preference which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in access to training, access to jobs, promotion processes, security of tenure, remuneration, conditions of work including leave, rest periods, occupational safety and health measures and social security benefits. It lists seven grounds of banned discrimination, and, in Article 1(1)(b), permits ratifying States to add, after consulting representative workers' and employers' organizations, additional grounds. The Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations has recommended, and the Governing Body has been discussing, an additional Protocol to Convention No. 111 to include, among other grounds, «disability», which in turn would cover HIV/AIDS.⁴

Convention No. 111 not only prohibits discrimination, but also promotes proactive measures designed to meet the particular requirements of persons requiring special protection. Article 5(2) lists persons with a disability among the groups that might benefit from affirmative action or measures of accommodation at the workplace. Moreover, Recommendation No. 111, which accompanies the Convention, suggests the creation of appropriate agencies and advisory committees, composed of representatives of employers' and workers' organizations and of other interested bodies, to promote acceptance of the principle of non-discrimination in employment, and carry out specific activities such as information and education campaigns. This policy guidance is useful for NGOs working in the field of HIV/AIDS. It also gives the opportunity for PLWHA to have a voice in agencies or committees.

The Committee of Experts accepted the use of the Convention's prohibition of discrimination in the area of HIV/AIDS when it examined comments submitted by Spanish unions in relation to direct workplace discrimination, and when welcoming Costa Rica's new AIDS Decree No. 27894-S of 3 June 1999, a model of its kind in banning discrimination and encouraging preventive measures in the world of work. The Committee's 1996 Special Survey on the Convention devotes a special section to HIV/AIDS discriminatory employment practices.⁵

Second, the Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158), sets out the international position concerning possible dismissals. Article 4

³ As at September 2004, ratified by 160 member States.

⁴ See *Equality in Employment and Occupation – Special Survey on Equality in Employment and Occupation in respect of Convention No. 111*, International Labour Conference, 83rd Session, 1996, Report III(Part 4B), para. 297; GB.276/2 (Nov. 1999), paras. 20-35.

⁵ See *Equality in Employment and Occupation*, *op. cit.*, *supra* note 4, paras. 60, 261-272.

specifies that termination can take place only when there is a valid reason connected with the capacity or conduct of the worker, or based on the operational requirements of the undertaking, establishment or service. Article 6 makes it clear that temporary absence from work because of sickness or injury – whether occupationally related or not – is not a valid reason for dismissal. Both these provisions are relevant to HIV infection and AIDS sufferers. The 1995 General Survey of the Committee of Experts on Convention No. 158⁶ expands on how law and practice treat temporary absences due to illness, and extends the unjustified dismissal protection of the Convention to HIV/AIDS.

Third, the Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons) Convention, 1983 (No. 159),⁷ bans discrimination based on disability. Article 4 promotes special protective measures, such as workplace accommodation and transfers in order to enable persons with disabilities to continue to gain a living until such time as their disability affects their capacity to do a particular job or until they are too ill to work at all. The text has clear relevance for HIV/AIDS in the workplace, and the accompanying Recommendation No. 168 suggests measures starting with community-based care and highlighting strategies for disabled workers in rural areas, that could guide HIV/AIDS policy as well.

Fourth, the international labour standards dealing with negotiations and collective bargaining are tools that could be used to address HIV/AIDS in collective bargaining agreements and labour relations pacts. Of particular interest are the Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98),⁸ and the Collective Bargaining Convention, 1981 (No. 154),⁹ which require the adoption of national policies to encourage the free negotiation of terms and conditions of employment. The resulting collective agreements, binding on signatory employers' and workers' organizations, could include clauses on the protection and prevention of HIV/AIDS.

Fifth, a major group of international labour standards addresses occupational safety and health. The Occupational Safety and Health Convention, 1981 (No. 155), sets out basic requirements to protect workers, such as the provision of protective clothing and equipment at no cost to the worker, the right to be transferred to less onerous jobs and the right to leave a situation of imminent danger to the worker, all of which are relevant to the field of HIV/AIDS. From the point of view of general policy, the Occupational Health Services Convention, 1985 (No. 161), requires ratifying States to adopt a comprehensive,

⁶ See *Protection against Unjustified Dismissal – General Survey on the Termination of Employment Convention (No. 158) and Recommendation (No. 166)*, 1982, International Labour Conference, 82nd Session, 1995, *Report III (Part 4B)*, paras. 137-141 and in particular para. 142 with regard to HIV infection. To date this Convention has been ratified by 33 member States.

⁷ As at September 2004, ratified by 76 member States.

⁸ As at September 2004, ratified by 154 member States.

⁹ As at September 2004, ratified by 35 member States.

coordinated national policy in this area. Its accompanying Recommendation, No. 171, lists a number of measures for workplace safety which make sense in an HIV/AIDS context. These include an assurance that health surveillance is not used for discriminatory purposes, confidentiality of medical examination data, collaboration in finding alternative employment where transfer is required for health reasons, worker counselling on the results of health examinations and the principle of no cost to the worker for the health-related facilities provided by such services (which is also in the Convention). An interesting aspect of this Recommendation is its advice that occupational health services should, as reasonably practicable, be made available to self-employed persons, such as informal sector workers.

Sixth, the social security instruments provide guidance to HIV/AIDS issues as well, not only from the point of view of benefit entitlements for occupational injury, through the Employment Injury Benefits Convention, 1964 (No. 121), but also through the principle of non-discriminatory coverage set out in the Social Security (Minimum Standards) Convention, 1952 (No. 102).¹⁰

Seventh, there are several ILO Conventions that address specific groups of workers who, by the nature of their work, are groups at risk of HIV infection. The Nursing Personnel Convention, 1977 (No. 149), and its accompanying Recommendation, respond to the strain placed on health systems by epidemics like HIV/AIDS. The Recommendation proposes that States provide protective equipment and temporarily remove nursing staff from special risk situations. The Migration for Employment Convention (Revised), 1949 (No. 97), and the Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, 1975 (No. 143), address the inequalities that migrant workers face generally. The latter's equal treatment requirements merit attention from the point of view of HIV/AIDS, as do the former's technical provisions on migrant workers' human rights, in particular treatment no less favourable than nationals when it comes to social security benefits (Article 6) or the non-expulsion because of illness of the workers or their authorised accompanying family members (Article 8). Regarding seafarers, the Conventions generally cover shipboard conditions, medical examinations and safe, healthy work environments. Convention No. 179, for example, ensures confidentiality of personal data. And the ILO has Guidelines concerning medical fitness examinations for seafarers which specifically refer to the need to counsel persons working at sea of the dangers and methods of prevention of HIV infection.¹¹ The Part-Time Work Convention, 1994 (No. 175), also provides useful guidance for a policy that wishes to cover HIV infected workers who have to change working time arrangements because of the onslaught of

¹⁰ As at September 2004, ratified by 41 member States.

¹¹ See *Guidelines for Conducting Pre-Sea and Periodic Medical Fitness Examinations for Seafarers*, adopted by the ILO/WHO Consultation, Geneva, 1997.

the disease. Article 4 requires ratifying States to ensure that part-time workers receive the same protection as that accorded to comparable full-time workers in respect of, among others, occupational safety and health and discrimination in employment; the Convention also requires implementation of the principle of proportionality in the areas of wages and social security conditions.

Lastly, there are some non-binding ILO and UN instruments that merit examination. The 2001 ILO Code of Practice – mentioned above as the key current text – lists 10 key principles that should guide policy makers when examining strategies to fight AIDS in the world of work: (i) recognition of HIV/AIDS as a workplace issue; (ii) non-discrimination on the basis of real or perceived HIV infection; (iii) gender equality; (iv) healthy working environment; (v) social dialogue as the key process to arrive at workable strategies to avoid the spread of the epidemic and to better manage it; (vi) ban on screening for purposes of exclusion from work or work processes; (vii) no dismissal based on real or perceived HIV/AIDS status; (viii) confidentiality; continuation of the employment relationship; (ix) prevention; (x) care and support.

This Code finds its origins in consultations that took place over a decade previously, back in 1988 when the ILO and the WHO co-signed the Statement on AIDS and the Workplace. It sets out policy components for persons applying for employment (e.g. pre-employment screening, through either direct testing or indirect assessment of risk behaviour, should not be required) and persons in employment.

In addition to numerous United Nations resolutions emanating from its political bodies, the UN Second International Consultation on HIV/AIDS and Human Rights¹² lists 12 policy considerations in all fields including the world of work. Guideline 5 declares: «States should enact or strengthen anti-discrimination and other protective laws that protect vulnerable groups, people living with HIV/AIDS and people with disabilities from discrimination in both the public and private sectors, ensure privacy and confidentiality and ethics in research involving human subjects, emphasize education and conciliation, and provide for speedy and effective administrative and civil remedies». The UN Committee overseeing the Convention for the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) adopted General Recommendation No. 15 in 1990, calling for all States Parties to prevent specific discrimination against women in response to AIDS. The UN itself has a «HIV/AIDS Personnel Policy» covering prevention, confidentiality and counselling, terms and conditions of employment and health insurance benefits.

¹² See UN document E/CN.4/1997/37, adopted by the Commission on Human Rights at its 53rd Session, 20 January 1997, and updated at the Third International Consultation, Geneva, 2002.

IV. Final remarks

Do we not doubt that Nicolas Valticos would have been keen to see international action in the area of HIV/AIDS and its impact on equality in the workplace and safe and healthy work environments? But to date there is no international labour standard on the subject. For the moment, it is the ILO's Code of Practice and the above-described standards that can act as a guide to national policy and legislation in the complex field of HIV/AIDS and the workplace. These standards cover the formal, and in many cases expressly, the informal sector. They call for action at the national level, and a growing number of countries have adopted specific labour laws which tackle HIV/AIDS issues.¹³ The best among them, such as those described above, cover the basic human right to non-discrimination at work because of HIV infection or perceived infection, dismissal based on HIV/AIDS, pre-recruitment and in-employment testing, medical confidentiality, prevention and transmission risk, workplace accommodation and working time flexibility, early retirement options, medical and pension coverage, information/education campaigns, and possible negotiation of these issues over and above the statutory framework with the representatives of workers' organizations and PLWHA in bipartite or tripartite agreements and in National Councils. Most of them stress the importance for multi-sectoral coordination, often specifying which players and stakeholders should be involved in the policy. Some of the recent laws even specify the needed budgetary allocations.¹⁴

Nevertheless, much more is required for a policy framework to work effectively. Not only countries with a strong legislation, but also those with strong political commitment and social solidarity without the laws have been able to muster involvement from the national down to the enterprise level. Codes of Conduct have a great potential here; a new, specific Convention would be even more effective. By whatever means, all stakeholders – governments, the social partners' organizations, individual men and women workers and civil society at large – have to be mobilized to combat HIV/AIDS.

¹³ See ILOAIDS' website for regularly updated list: www.ilo.org/public/english/protection/trav/aids/laws/index, as well as the Standards Department's national labour laws database *NATLEX*.

¹⁴ For examples of good practices, see IFP/DIALOGUE's *Guidelines on addressing HIV/AIDS in the workplace through employment and labour law*, Working Paper No. 3, Geneva, 2004 at www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/downloads/papers/hiv aids.

Réflexion sur l'idée d'un droit international coutumier du travail

*Véronique Marleau**

I. Introduction

Aujourd'hui comme il y a cent ans, et comme il y a trente-huit ans, il reste vrai que nul n'est sujet et n'est libre seul, que les libertés se contrarient et s'exigent l'une l'autre, que l'histoire est l'histoire de leur débat, qu'il s'inscrit et qu'il est visible dans les institutions, les civilisations et les sillages des grandes actions historiques...

MAURICE MERLEAU-PONTY¹

Nul n'est sujet et n'est libre seul. Les libertés s'exigent l'une l'autre. C'est ce que Nicolas Valticos ne cessait pas de dire en rappelant que les libertés au travail, dont au premier chef la liberté syndicale, sont universelles et indivisibles des autres libertés essentielles. Dans ses divers écrits, Nicolas Valticos s'est employé à montrer que le droit international donne des droits et libertés au travail une vision suffisamment rassemblée pour pouvoir convier les individus à les respecter.² Si la proposition présentait au départ un caractère de défi, cette idée est aujourd'hui largement accréditée par la pratique des acteurs de la communauté internationale. C'est ce que je tenterai d'illustrer en livrant quelques réflexions sur l'idée d'un droit international coutumier du travail.

Quand on s'intéresse à l'épistémologie, on devient malgré soi sceptique de tout ce qui paraît un peut trop facile. Les affirmations trop laconiques suscitent spontanément une certaine méfiance. Entendre dire qu'il existe désormais une obligation internationale de respecter les droits fondamentaux de la personne au

* Centre International de Formation de l'OIT, Turin. L'auteur souhaite remercier Sophie Le François pour ses suggestions utiles, ainsi que V. Catalano et M.-E. Loiseau pour leurs recherches et vérifications.

¹ Voir *Les aventures de la dialectique*, Gallimard, Paris, 1955, p. 284.

² La formule est de G. Cohen-Jonathan, «Les droits de l'Homme, une valeur internationalisée», *Droits fondamentaux*, n° 1, juillet-décembre 2001 [<http://www.revue-df.org>]

travail dont le fondement est coutumier est certainement très encourageant, mais cela ne suffit pas à résoudre la question du fondement de cette obligation. Le fondement est coutumier mais pourquoi? Il faut «fonder» ce fondement coutumier. Telle est la première question sur laquelle je m'attarderai. La seconde partie de ma réflexion aura partie liée avec la première, car elle s'attachera à souligner les développements récents qui, dans la pratique, m'apparaissent accréditer la thèse d'une obligation internationale coutumière émergée de respecter les principes fondamentaux au travail.

II. Théorie du droit international coutumier du travail

1. *La coutume en droit interne*

1.1 Norme et normalité

Contrairement à la loi, la règle coutumière relève d'abord de la vie ordinaire, de la réalité d'un social vécu; son sens juridique est dérivé. C'est cette métamorphose du fait en droit qui passe pour le mystère central du droit coutumier:³ «On a beau la considérer comme source formelle du droit, [la coutume] ne cesse pour autant d'être source matérielle, et c'est peut-être ce double ancrage dans le fait et dans le droit qui la rend si réfractaire à l'analyse. La grande difficulté n'est-elle pas précisément d'expliquer comment le fait se mue en droit, comment la régularité d'une conduite peut engendrer une règle rendant cette conduite obligatoire?»⁴

Du point de vue épistémologique, ce double ancrage de la coutume ordinaire est problématique parce que la reconnaissance d'une pratique générale comme règle coutumière suppose que l'on infère une prescription d'une description. En d'autres termes, la règle spontanée ne respecte pas la «loi de Hume», qui interdit de dériver une norme à partir de prémisses factuelles ou uniquement descriptives (non normatives).⁵ Hume a fait valoir qu'on ne peut légiti-

³ Voir Hagenmacher, «Coutume», *Archives de philosophie du droit*, t. 35, Vocabulaire fondamental du droit, Paris, Sirey, 1990, 27-41, p. 28.

⁴ *Ibid.*

⁵ Voir R. Nadeau, *Vocabulaire technique et analytique de l'épistémologie*, PUF, Paris, 1999, v° «fait/valeur (distinction)», p. 263; et «de droit/de fait (distinction)», p. 140. La loi de Hume prescrit que «les prémisses ainsi que les conclusions appartenant à l'un quelconque de ces ensembles ne peuvent d'aucune façon impliquer, ou être inférées de celles appartenant à l'autre ensemble». En droit cette règle affirme qu'aucune proposition logiquement valable ne permet de déduire d'une quelconque proposition supposée vraie selon laquelle tel ou tel événement aurait lieu, qu'il serait obligatoire, permis ou interdit que cet événement ait lieu.

mement inférer une loi morale ou un devoir-être (général), d'un constat factuel (particulier), celui-ci n'établissant pas le bien-fondé de ses prémisses (la norme postulée). Essentiellement, il n'y a aucun fondement épistémologique permettant d'inférer l'un de l'autre.

Ce critère logique n'empêche aucunement les prises de position d'ordre moral et les jugements de valeur. Il s'agit d'une mise en garde contre la tentation de lire plus dans les faits que ce qu'ils ne révèlent et plus spécifiquement, contre le danger de hisser une pratique abusive au rang de précepte moral au motif qu'elle serait «normale». Ainsi, si X gagne deux fois plus d'argent que Y, le premier ne peut invoquer ce seul fait pour soutenir que Y doit accepter que X gagne deux fois plus que Y (comme un fait naturel); car pour arriver à cette conclusion, X doit introduire une (autre) prémisse d'ordre moral, et donc de nature prescriptive dans son argument. L'argument devient alors: «C'est un fait de nature sociale (voire encore, «c'est un fait de la nature») que X doit gagner deux fois plus que Y».

Pour prendre un autre exemple, le fait que les femmes soient généralement moins bien rémunérées que les hommes pour un travail de valeur égale (ou pire encore, pour le même travail) est une généralité observable, mais c'est une généralité observable problématique du point de vue du devoir être, c'est-à-dire de la norme (d'égalité) de ce qui doit et devrait être. La généralité observable fait état de ce qui se rencontre dans la majorité des cas ou qui constitue la moyenne des situations observées à partir des mêmes critères, mais cette généralité observable, cet «état de normalité» au sens le plus usuel du terme, n'est nullement le signe d'une «essence», d'un ordre normal de choses au sens de ce qui est tel qu'il doit être. Procéder par induction généralisante à partir d'une situation de fait particulière pour en tirer une loi morale (générale) est précisément ce à quoi s'est objecté Hume. Le non respect de ce critère logique est au cœur de la problématique de légitimité de la règle juridique de formation spontanée.

Une norme, par définition, est un modèle. Or, tout modèle est conçu dans l'abstrait. La norme ne peut donc naître que grâce à une activité intelligente et susceptible de vouloir comme manifestation de la volonté qui stipule un devoir-être. La condition nécessaire de la naissance d'une norme est ainsi, tout d'abord, la présence d'un agir capable de concevoir un modèle (un «pouvoir») et d'en vouloir la nécessité (un «vouloir»).⁶

Comme le souligne Jean-François Perrin, cette «définition est convaincante si la norme est une loi ou un règlement. On peut très simplement, dans ces cas, établir la filiation entre le modèle et la volonté d'une ou plusieurs personnes physiques déterminées qui ont été agissantes (experts, gouvernants, députés, etc.)».⁷ Les

⁶ Voir J.-F. Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Droz, Genève/Paris, 1979, p. 39, p. 41.

⁷ *Ibid.*, p. 39.

normes fondées sur des modèles de conduite développés spontanément sont toutefois plus difficiles à expliquer de cette manière. Elles ne peuvent tout simplement pas être «réduites» à la volonté d'une personne ou d'un groupe stipulant consciemment un devoir-être. Or, le problème tient peut-être justement à cette qualification de «normes» coutumières. Toutes les règles de droit coutumières ne sont pas forcément des normes au sens propre du terme, car norme n'est pas normalité.

Cette confusion est soulignée en philosophie, où l'on distingue entre le sens propre du terme «normal» et le sens plus usuel mais impropre du terme. Dans son sens propre, «normal» désigne ce qui est tel qu'il doit être. Le mot, en ce sens, est un synonyme atténué de *bon* et de *juste*, mais on entend également par *normal*, au sens le plus usuel du mot, «ce qui se rencontre dans la majorité des cas d'une espèce déterminées, ou ce qui constitue soit la moyenne, soit le module d'un caractère mesurable».⁸ Ces deux acceptions font en sorte que le terme normal est très équivoque et prête beaucoup à la confusion.

La synonymie de normal avec *habituel* ou *coutumier* constitue une synonymie populaire qui devrait être bannie,⁹ mais cette acception est devenue si usuelle qu'il est impossible de la proscrire. Dans ces conditions, il devient essentiel, comme le suggère A. Lalande, de ne jamais passer d'un sens à l'autre «et de ne pas transformer ce qui se passe dans la moyenne ou dans la majorité des cas, en un type idéal de ce qui doit se passer».¹⁰ Certes, «la disposition commune à l'imitation et l'absence de critique favorisent cette équivoque: l'opinion publique érige volontiers en justification morale la formule: «Tout le monde le fait». Normal est alors un synonyme de «naturel» [...]. Mais ce glissement, pour général qu'il soit, n'en est pas moins sophistique. Il doit donc être bien remarqué que le caractère normal d'un fait, si l'on entend par là sa généralité, n'implique aucunement qu'il soit bon ou désirable».¹¹

Une règle juridique coutumière produite «par le bas» ne doit pas s'imposer «comme norme de moyenne» reflétant une généralité observable portant sur une situation de fait. Les règles coutumières ne sont pas toujours raisonnables, en ce sens qu'elles se fonderaient sur des convictions de justice et de nécessité. En effet, l'histoire a montré que «les jugements les plus pervers sont ceux de la raison pratique représentés par la coutume dominante ou rendus efficaces par la mise en vigueur de celle-ci, et la moins raisonnable est l'obéissance tirée de ces règles».¹²

⁸ Voir A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Quadrige/PUF, Paris, 2002 (1^{re} éd. 1926), v^o «normal», sens C.

⁹ Voir L. Boisse dans Lalande, *op. cit.*, «Sur Normal».

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*, v^o «normal», *Critique*.

¹² Voir en ce sens N. MacCormick, «La morale institutionnelle et la constitution», dans N. MacCormick et O. Weinberger, *Pour une théorie institutionnelle du droit* (trad. de l'anglais par O. Nehrot et P. Coppens), L.G.D.J., Paris, 1992, p. 199.

A cet égard, un écueil est donc à éviter: celui de considérer une pratique constante et générale comme représentative de la «normalité» et de là en inférer la «norme» à observer.

Pour reprendre l'observation d'Anatole France, si cinquante millions de personnes disent une bêtise, c'est encore une bêtise. C'est précisément le danger de la coutume populaire, qui tend à métamorphoser en normes les convictions inculquées, que celles-ci soient bonnes ou mauvaises. Tous les génocides ont en commun ce genre de méprise.

Lorsque la reconnaissance coutumière sert non pas à imposer une règle juridique, mais à fonder un ordre juridique global, les conséquences peuvent être catastrophiques si cette reconnaissance repose sur de fausses prémisses de légitimité. C'est notamment ce qui s'est produit en Allemagne, où Carl Schmitt est parvenu à asseoir la légitimité constitutionnelle du régime national-socialiste à partir du concept d'«ordre concret» présenté comme notion permettant de réconcilier le droit et la réalité par l'affirmation que le droit est immanent à l'ordre. Schmitt s'est attaché à montrer que les ordres concrets sont le produit d'un processus historique et que l'ordre concret contient des concepts qui viennent de situations normales.¹³

Certes, le droit spontané ne produit pas toujours des normes inacceptables. Mais les risques sont toujours présents et c'est la raison pour laquelle la reconnaissance des règles juridiques de formation spontanée ne peut faire l'économie d'un processus de validation externe fondé sur des critères de légitimité soigneusement élaborés. L'introduction de critères en amont des règles coutumières permet d'effectuer ce que l'on peut appeler un «contrôle de qualité» de la règle. Sur ce registre, le droit international du travail offre des normes et des principes universels qui présentent des critères d'appréciation sûrs. Cela est du reste conforme à la raison d'être des normes internationales, qui ont été développées pour parer aux abus et aux insuffisances des droits nationaux.

1.2 Coutume et volonté

Dans le cas de la règle posée délibérément, les qualités de règle de droit sont assurées par la volonté de l'organe compétent et la procédure suivie.¹⁴ Dans le processus spontané, on ne peut que partir d'un constat: des faits ont engendré un modèle de comportement et ce modèle paraît répondre à tous les critères d'une règle de droit. Les règles coutumières ne se présentent donc pas comme le résultat

¹³ Voir D. Séglaud, «Présentation», dans C. Schmitt, *Les trois types de pensée juridique* (trad. Par M. Köller et D. Séglaud), PUF, Paris, 1995, p. 57.

¹⁴ Voir P. Deumier, *Le droit spontané* (préface de J.-M. Jacquet), Economica, Paris, 2002, p. 104.

de la libre détermination d'une conscience, mais comme le produit émergé de l'effet de composition inattendu d'actions individuelles. L'obligation de se conformer à la règle découle alors «d'un rapport de pouvoir se définissant comme la pression efficace exercée sur le destinataire incité à se conformer au modèle».¹⁵

Dans ces conditions, on ne peut sans problème transposer par modélisation analogique au processus de formation spontanée du droit, le modèle législatif de la production normative fondé sur l'idée de norme comme manifestation de la volonté. En effet, la volonté qui engendre la règle est alors bien plus le résultat d'une détermination conjoncturelle, que le fruit de l'exercice d'un libre arbitre. Par ailleurs, dans nombre de cas on n'adopte pas un comportement en tant que choix «voulu» au sens de souhaité, mais parce qu'on n'a pas la possibilité de faire autrement, c'est-à-dire en tant que choix «dicté». S'il y a acte de volonté dans ce contexte, c'est tout au plus au sens le plus large du terme de futilité d'agir autrement. La volonté ne s'explique donc que si on l'assimile au pouvoir en tant que reflet de la volonté imputée à «un collectif indéfini d'être humains qui n'ont peut-être pas individuellement conscience des phénomènes auxquels pourtant ils participent».¹⁶ Dire alors qu'une règle coutumière comme modèle de conduite contraignant est un «acte de volonté» est un non-sens. Dans ce cas, l'acte de volonté qui préside à l'élaboration de la norme ne peut être que celui de l'interprète, qui reconnaît *a posteriori* l'effet contraignant d'un certain modèle qu'il identifie à partir d'un certain ordre de faits.

Certes, la généralisation d'une pratique établissant un modèle de conduite ou une façon de faire est parfois le fait d'un véritable consensus, mais elle est aussi souvent forcée par la décision des plus puissants. Quantité de règles de droit spontané traduisent des pratiques abusives et ne voient le jour que sous l'effet de rapports de force déséquilibrés au sein d'un groupe. Cela est caractéristique du domaine du travail, qui est le lieu privilégié de formation de la règle spontanée abusive. Dans ce contexte, il est fréquent que les usages et les pratiques soient imposés par les employeurs aux travailleurs. Il est également «habituel» de voir des comportements courants qui sont pourtant objectivement inacceptables être maintenus par la pratique comme expression de la conception majoritaire imposant de nouvelles restrictions aux droits d'une minorité déjà marginalisée. Pour reprendre l'observation de Serge Sur, la coutume comme norme juridique de travail produite dans ces conditions «traduit un certain rapport de puissance, plus sans doute qu'une nécessité sociale, comme l'ensemble des règles juridiques. En d'autres termes, elle n'échappe nullement à la manipulation par les sujets de droit, et, derrière son objectivité et impassibilité apparentes, on retrouve confrontations et compromis entre les intérêts étatiques».¹⁷

¹⁵ Voir Perrin, précité note 6, p. 39.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 39-40.

¹⁷ Voir S. Sur, «La coutume internationale. Sa vie, son œuvre», *Droits*, n° 3, 1986, p. 123.

Les pratiques qui traduisent en apparence un modèle de comportement socialement acceptable ne doivent jamais être considérées à leur face même au nom de quelque postulat de volonté présumée. Dans un tel cas, une appréciation qualitative externe du contenu de la règle spontanée reste nécessaire pour en contrôler et en justifier la légitimité. Comme le souligne P. Deumier, il n'appartient pas au processus de création spontané de remédier à ces abus, «par exemple en exigeant que la règle ne soit pas issue de l'impulsion des plus forts ou que sa diffusion se fasse uniquement dans des relations contractuelles entre partenaires égaux».¹⁸ C'est au législateur qu'il appartient de veiller à empêcher ces excès. De ce point de vue, les normes «déliérées» sont une nécessité pour faire contrepoids aux abus de l'état de «normalité» du droit spontané. Le contrôle judiciaire joue aussi un rôle important dans ce contexte, le juge étant apte à intervenir pour sanctionner une pratique abusive. Tel que mentionné, les normes internationales du travail proposent des critères d'appréciation sûrs pour mener à bien ce genre de démarche. Développées dans le cadre d'un processus de délibération optimal, elles constituent l'une des grandes valeurs ajoutées du droit international.

Les phénomènes de pouvoirs sont toutefois difficilement maîtrisables à ce stade tardif et essentiellement réactif du moment de l'application de la règle.¹⁹ Le seul moyen de faire obstacle à la formation d'une règle abusive, c'est d'en minimiser le potentiel de formation sur son propre terrain, ce que permet dans le domaine du travail, la rectification du rapport de force entre les parties impliquées. Cette stratégie du droit du travail est toujours valide et plus que jamais nécessaire aujourd'hui, alors que la production normative se déplace en dehors du champ sociétal formel et qu'elle échappe de plus en plus aux modes de contrôle traditionnels.²⁰ Or, cette stratégie est également consacrée par les normes du droit international du travail, où elle est incarnée par le principe de la liberté syndicale dont l'expression instrumentale est l'action collective. L'effectivité de cette action dépend de la mise en place d'une législation cadre destinée à favoriser la négociation collective. Les normes matérielles prévoient ici non pas des contenus donnés mais bien plutôt un mécanisme permettant d'accéder à des contenus.

Du point de vue du droit spontané, le principe de la liberté syndicale traduit la reconnaissance du fait que les mécanismes de production de la norme par le haut et les modes réactifs du contrôle judiciaire ne suffisent pas à eux seuls

¹⁸ Voir Deumier, précité, note 14, pp. 153-154.

¹⁹ *Ibid.*, p. 154.

²⁰ Voir notamment F. Talahite, «Production ou édicition de normes? Les nouvelles normes et la mondialisation», dans C. Durand et A. Pichon (coord.), *La puissance des normes*, L'Harmattan, 2003, p. 88, se référant à J.-P. Robé, «L'entreprise en droit», *Droit et société*, 1995, vol. 29 (présentant le phénomène des grandes firmes transnationales comme des ordres juridiques non étatiques émergents).

à fournir une stratégie de contrôle optimale, c'est-à-dire complète et réellement efficace. La stratégie de contrôle reste incomplète, car ces mécanismes ne permettent pas d'empêcher le développement par le bas de la règle spontanée. Ceci n'est possible qu'à travers une action préventive qui doit s'exercer là même où se développent les règles spontanées. C'est à ce niveau et à ce stade seulement que l'intervention peut être la plus efficace, comme le confirment toutes les études d'impact de l'action collective sur le plan de la production normative: les conditions de travail sont plus justes et de meilleure qualité lorsqu'elles sont l'aboutissement d'une négociation fondée sur un rapport de force rectifié que lorsqu'elles sont laissées au libre jeu des forces spontanées du rapport de travail subordonné.

La stratégie optimale est évidemment l'action combinée des deux dimensions, celle de la norme produite par le haut et celle du contrôle exercé par l'action collective à la base. C'est pourquoi, notamment, «le travail forcé et la traite des êtres humains n'existent pour ainsi dire pas dans les secteurs où les travailleurs sont fortement syndiqués et où des normes concernant les heures de travail, la santé et la sécurité, les rémunérations et les contrats de travail ont été instaurées et sont appliquées».²¹

Dans toutes les hypothèses, aucune stratégie de contrôle digne de ce nom ne peut faire l'économie de l'action préventive, que seul le mécanisme de la négociation collective est apte à fournir. Pour paraphraser ce que Winston Churchill a dit un jour au sujet de la démocratie, si la négociation collective est le pire système de contrôle de pratiques de travail jamais inventé, on n'en connaît pas de meilleur.²² J'ajouterais aussi en m'inspirant du commentaire de Reinhold Niebuhr que, si la capacité de l'individu pour la justice rend la négociation collective possible, la propension de l'individu à l'injustice rend la négociation collective nécessaire.²³

Ce contrôle préventif par l'action collective de la règle produite par le bas est encore plus nécessaire lorsque la norme produite par le haut ne parvient plus à exercer son emprise. C'est le problème actuel du rétrécissement du champ d'application des modes d'intervention traditionnels.²⁴ Qui plus est, la tendance est au développement de procédures dérogatoires au droit commun, qui se traduisent par un accroissement des pratiques marginales où le principe

²¹ Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT, *S'organiser pour une justice sociale*, Conférence internationale du Travail, 92^e session, 2004, *Rapport I (B)*, paragr. 164, p. 47.

²² «Democracy is the worst system devised by the wit of man, except for all the others». Dans la même veine, Jawaharlal Nehru avait affirmé: «Democracy is good. I say this because other systems are worse».

²³ «Man's capacity for justice makes democracy possible, but man's inclination to injustice makes democracy necessary».

²⁴ Voir M. Bitard, «Normes sociales et inégalités», dans Durand et Pichon, précités note 20, p. 31.

d'opportunité tend à remplacer le principe de légalité: «dans le cadre des impératifs économiques et sociaux définis par les dirigeants des entreprises, se créent progressivement de nouvelles formes de domination sociale.[...]Cet effacement progressif de l'ordre juridique traditionnel, conséquence des formes nouvelles prises par la lutte entre dominants et dominés, fait de la recomposition normative un enjeu central des luttes sociales».²⁵ Dans ces conditions, en l'absence d'un rapport de force rectifié par le truchement des mécanismes d'action collective, il est impossible pour un groupe de travailleurs en position de subordination de faire contrepoids aux pratiques abusives, pour créer à leur place des règles justes et valables pour le groupe tout entier.

2. *La coutume du droit international*

Les règles du droit international coutumier ne sont pas exposées à ce genre de risque parce qu'elles se développent essentiellement à partir de normes conventionnelles qui ont déjà fait l'objet d'un processus de validation des plus laborieux. C'est d'ailleurs ce qui fait la force particulière de ces normes: leur légitimité revêt une portée réellement universelle.

Ce trait distingue fondamentalement la coutume ordinaire de la coutume internationale. Les règles du droit international coutumier sont formées à partir de normes entendues au sens propre du terme et c'est ce qui en fait la supériorité. A la différence des coutumes ordinaires, qui sont des règles de droit spontané produites «par le bas» et qui traduisent un certain rapport de puissance, plus qu'une nécessité sociale, les coutumes internationales sont produites «par le haut», voire même «vers le haut» du fait qu'elles consacrent uniquement les principes dont la légitimité est universellement reconnue comme *nécessité sociale*.

Qui plus est, les règles coutumières du droit international sont en grande part formées sous l'effet cumulé d'instances de cristallisation de l'*opinio juris*, qui traduisent des consensus de «délibération», c'est-à-dire des consensus librement acceptés (consciemment et rationnellement). Elles jouissent pour cette raison de la plus haute autorité, ce qui est tout le contraire des règles coutumières du droit interne, qui sont presque toujours considérées comme des sources de droit supplétif.²⁶ Cela est particulièrement vrai des règles de *jus cogens*, qui qualifient

²⁵ *Ibid.*

²⁶ C'est la règle générale des traditions juridiques de droit civil (romaniste), de common law et de droit musulman; voir H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2000, p. 185 et références citées à la n. 142 et p. 281, soulignant que c'est toutefois le contraire dans la tradition juridique hindoue (p. 269, mais voir aussi p. 274).

l'effet de règles juridiques ordinaires,²⁷ ayant été hissées dans une catégorie investie d'une intensité juridique supérieure, celles des principes de droit contraignant à vocation universelle ne souffrant aucune dérogation et ne pouvant être modifiés que par des normes nouvelles du droit international ayant le même caractère.²⁸

Ces différences sont également perceptibles dans le mode de formation de la coutume ordinaire et de la coutume internationale. Il faut ici distinguer deux modes de formation de la coutume. Premièrement, la *coutume en mode diachronique*, où au fur et à mesure de la généralisation et de la répétition du comportement, les intéressés finissent par s'y soumettre parce qu'ils le considèrent comme la règle dans leur milieu. On peut alors en inférer que la conviction de l'obligatoire s'est formée et s'enracinée dans l'esprit de chacun par nécessité ou inculcation. Deuxièmement, la *coutume en mode synchronique*, où la généralisation de la pratique se détermine à travers une preuve essentiellement comparative fondée sur des instances de cristallisation de l'*opinio juris*. Ce genre de preuve peut faire l'économie d'une répétition en mode diachronique car la reconnaissance ainsi établie par la majorité des acteurs ne laisse subsister aucune équivoque (dans ce cadre, la meilleure preuve de reconnaissance d'un principe est assurément celle qui s'auto-rise de la ratification d'une convention internationale qui l'établit).

La coutume internationale obéit généralement à ce second mode de formation. Ce qui est «coutumier» dans ce contexte, c'est la valeur ajoutée par la pratique générale de reconnaissance du caractère obligatoire d'une règle indépendamment du régime conventionnel dont elle a pu émaner, et qui fait passer la règle bénéficiant d'une universalité formelle au statut de règle jouissant d'une universalité réelle.²⁹ La reconnaissance peut même conférer une intensité

²⁷ Voir l'art. 53 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* du 23 mai 1969, UN Doc. A/CONF. 39/27, 1155 U.N.T.S. 331, 8 I.L.M. 679 (entrée en vigueur le 27 janvier 1980). Voir aussi *Doe I v. Unocal Corp*, 2002 U.S. App. (9th Cir. 2002), Part II, Analysis: «*Jus cogens* norms are norms of international law that are binding on nations even if they do not agree to them. See *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699, 714-15 (9th Cir. 1992). The 'law of nations' is the law of international relations, embracing not only nations but also [...] individuals (such as those who invoke their human rights or commit war crimes) – *Black's Law Dictionary* 822 (7th ed. 1999).» La Cour précise à la n. 15: «a *jus cogens* violation is, by definition, a violation of 'specific, universal, and obligatory' international norms».

²⁸ Dans la pratique, les tribunaux ont encore du mal à reconnaître cette suprématie, particulièrement lorsqu'elle oblige à limiter ou à écarter l'application du principe d'immunité des Etats. Cette tendance donne l'impression d'aller à contre-courant du mouvement général de mise en conformité du droit des immunités au regard des exigences des droits fondamentaux de la personne: voir à ce sujet A. Bianchi, «L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme: la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international», *Revue générale de droit international public*, vol. 108, 2004, p. 95.

²⁹ L'universalité formelle désigne l'approche que Jürgen Habermas a présentée comme «principe U», selon laquelle les solutions de compromis obtenues à travers l'éthique de discussion permettent de parvenir à une forme d'universel. Le passage de la diversité à l'unité s'effectue sous la poussée d'un savoir et d'un vouloir commun pertinent, qui est source de légitimité pour les intervenants dans la discussion et qui, partant, leur garantit un accord valide: «Si l'ensemble des individus acceptent ou peuvent accepter sans contrainte la norme proposée, même en l'absence d'un

particulière à la règle, en tant que située en amont du régime conventionnel qui a concouru à l'instituer. Cela est fort différent de la coutume du droit interne, qui ne respecte pas la «loi de Hume» (à moins que sa reconnaissance ne soit assujettie à une exigence de validité externe).

A cet égard, on peut poser de façon générale que la coutume prise comme un tout est moins, en soi, une collection de règles que plutôt, d'une part, ce qui légitime les règles ou principes et, d'autre part, un amas d'attitudes pratiques par rapport au contenu de ces règles et aux critères de conduite que doivent suivre les Etats en vue de donner effet à ces règles.³⁰

Le paragraphe 38 (1) du Statut de la Cour internationale de Justice, qui figure en annexe de la Charte des Nations Unies, définit toutefois la coutume internationale «comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant de droit». Sur la base de cette définition, la preuve de l'existence d'une règle de droit coutumier exige au minimum une double démonstration: «la démonstration d'une pratique effective, d'une «pratique générale» qui n'est pas de simple «courtoisie» ou d'opportunité diplomatique, d'une part, et la démonstration d'une pratique qui obéit à une obligation juridique pesant sur les Etats et acceptée comme telle, d'autre part».³¹

La doctrine tout comme la jurisprudence de la Cour internationale de Justice admettent cependant la possibilité d'une création coutumière en dehors de toute considération de durabilité, d'ancienneté, préférant se contenter d'un bref laps de temps.³² Tel que souligné cette reconnaissance est liée au caractère particulier de la preuve de la répétition, qui s'établit ici en mode davantage synchronique que diachronique et au fait que l'*opinio juris* est plus facilement cristallisée, étant basée sur des sources matérielles souvent conventionnelles et donc explicites. La validité de cette formation rapide a été clairement consacrée par la Cour internationale de Justice dans l'arrêt des *Affaires du plateau continental de la mer du Nord*, où celle-ci a fourni des indices précieux en énonçant les éléments requis pour constater la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier à partir d'une règle purement conventionnelle à l'origine. La CIJ a déclaré que pendant la toute période de temps en cause,

lien nécessaire, la norme revêt une certaine forme d'universalité, la seule qui soit vraiment accessible...»; voir R. Lambert, *La justice vécue et les théories éthiques contemporaines*, Presses de l'Université Laval, Sainte-Foy (Québec), 1994, p. 33 et gén. chap. II, «Habermas: L'activité communicationnelle orientée vers l'intercompréhension», pp. 26-35; et La procédure décisionnelle de l'OIT fondée sur le tripartisme représente la version la plus achevée de la forme d'universalité formelle préconisée par J. Habermas; voir J. Habermas, *Morale et communication*, Paris, Les éditions du Cerf, 1986, p. 148.

³⁰ Voir en ce sens MacCormick, précité note 12, p. 200.

³¹ Voir E. Decaux, «La coutume internationale en question?», dans G. Doucet (dir.), *Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Paris, Calman-Lévy, 2003, p. 257.

³² Il faut parler de bref laps de temps, car on fait souvent état de coutumes nées au terme d'une dizaine d'années: voir Deumier, précité note 14, p. 122.

il faut que la pratique des Etats, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été (i) fréquente et pratiquement uniforme, (ii) dans le sens de la disposition invoquée et (iii) que cette pratique se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu.³³

2.1 La pratique générale

Pour être identifiable, la coutume doit se manifester par une pratique générale. Le comportement doit être adopté par la majorité des membres intéressés dans le groupe. L'unanimité n'est pas requise, du reste elle ne pourrait l'être, mais la pratique doit être générale. Or, comment établit-on la suffisance d'une pratique et sur la base de quels critères?

Du point de vue épistémologique, il faut d'abord partir d'une hypothèse, celle de l'objet de la pratique qu'on cherche à établir. En l'occurrence je cherche à établir l'existence d'une pratique générale à l'échelle internationale, qui consiste dans le fait de reconnaître l'existence de droits et principes du travail tenus pour fondamentaux et la nécessité de les respecter. Je me demande s'il y a une règle coutumière à cet effet, c'est ce que je cherche à déterminer. A cette fin, je dois d'abord savoir qui doit souscrire à cette pratique pour qu'elle puisse revêtir le statut de règle coutumière. En l'occurrence, l'état du droit international me dit que ce sont les Etats souverains de la communauté internationale qui sont les acteurs pertinents. C'est donc leur comportement que je dois examiner pour vérifier s'il accrédite mon hypothèse.

Quels éléments dois-je considérer pour établir ce comportement? Le droit international me fournit une liste d'éléments pertinents susceptibles de valoir comme sources matérielles de ce que je cherche à établir.³⁴ Ces sources matérielles considé-

³³ «Bien que le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas nécessairement en soi un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier à partir d'une règle purement conventionnelle à l'origine, il demeure indispensable que dans ce laps de temps, aussi bref qu'il ait été, la pratique des Etats, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition invoquée et se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu»; CIJ, 20 février 1969, *Rec.* 1969, n° 74.

³⁴ Outre les instruments pertinents de l'OIT, ces sources incluent les Déclarations pertinentes de l'Assemblée générale des Nations Unies, en particulier la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, les traités généraux en matière de droits fondamentaux, à savoir les deux Pactes de 1966, les Déclarations ministérielles faites dans le cadre d'autres organisations internationales, particulièrement celles de l'OMC; les Déclarations de chefs d'états ou de gouvernement de toutes provenance, y compris celles faites dans le cadre de sommets d'organisations régionales, le nombre de ratifications de ces instruments et conventions, les constitutions nationales et les préambules de lois pertinentes, le contenu des législations nationales et la pratique des Etats par rapport aux organes de contrôle de l'OIT (notamment l'acceptation et le respect des processus de contrôle), les décisions

rées comme un tout vont me permettre de déterminer si le comportement des Etats confirme l'existence d'une pratique générale au sein de la communauté internationale des Etats dans le sens de mon hypothèse. Ces sources matérielles d'une pratique de reconnaissance émanent tant de l'ordre international que de l'ordre interne des Etats. Comme le souligne Ian Brownlie, il est manifeste que la valeur probante de ces différentes sources varie sensiblement et que celle-ci dépend beaucoup des circonstances. En outre, certaines sources exigent un maniement prudent.³⁵

2.2 L'opinio juris

Selon la théorie des deux éléments de la coutume ouvertement consacrée par le droit international, l'élément matériel (la pratique générale) doit être complété d'un élément rationnel ou psychologique (*opinio juris*), à savoir la reconnaissance par les intéressés que la pratique est obligatoire (qu'elle est «de droit»). Ainsi, en supposant que j'aie pu établir l'existence d'une pratique constante et générale qui accredit mon hypothèse (c'est ce que je soutiens ici), la théorie me dit que je dois aussi être en mesure de «constater» que les Etats, auteurs de la pratique, ont la conviction que cette pratique est obligatoire. Je dois donc pouvoir «reconnaître» la «reconnaissance» par les membres de la communauté concernée que la pratique qui établit la coutume est obligatoire. J'ai déjà évoqué les difficultés que soulève l'introduction d'une telle exigence rationaliste (une intention consciente) dans la définition de la règle coutumière, qui obéit à une logique de production non planifiée. Je me contenterai ici de souligner que, manifestement, la conviction d'un sentiment d'obligation ne peut être constatée directement. Elle ne peut s'apprécier qu'à travers une preuve circonstancielle et un processus d'inférence. L'identification d'une coutume internationale implique toujours un jugement d'appréciation. Or, cette démarche se heurte à deux problèmes qu'il importe d'examiner, à savoir le problème de la détermination de l'objet de la reconnaissance d'une part et celui de la justification du sentiment d'obligation, d'autre part.

i) L'objet de la reconnaissance

Le fait que la règle coutumière se forme à partir d'une règle conventionnelle déjà existante (déjà «reconnue» au sens de déjà consacrée) est ici source de complication. Une règle existe déjà. Elle a été posée de façon conventionnelle,

judiciaires nationales et internationales, la correspondance diplomatique, les énoncés de politique, les communiqués de presse, les opinions des conseillers juridiques officiels, les manuels officiels sur des questions juridiques, les décisions et pratiques de l'exécutif, une série de traités, de résolutions ou de déclarations reprenant la même approche, une pratique d'organes internationaux, etc. Sur les sources matérielles, voir généralement I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3^e éd., Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 5, ainsi que les références données à l'appui de chacune de ces sources.

³⁵ *Ibid.*, pp. 5-6.

voire selon des modes de production organisés de type législatif, comme pour les normes issues des conventions l'OIT. La règle est déjà un fait accompli au moins en partie. Or l'élément matériel – l'objet de la reconnaissance d'une règle coutumière formée à partir d'une règle déjà posée – ne s'identifie pas à la règle conventionnelle. Si cet objet peut être très proche de la règle déjà posée, voire la reproduire, la «copier», le plus souvent, c'est à un corpus de règles, de principes, de concepts que renvoie la reconnaissance. Pour employer une métaphore juridique, la reconnaissance coutumière d'un principe fondamental (comme par exemple la liberté syndicale) désigne un contenu «incorporé par renvoi».³⁶

Mais la reconnaissance d'un principe coutumier ne contient pas les secrets de sa définition, le propre de la coutume étant précisément de ne pas définir son objet expressément et directement. La règle coutumière n'étant pas «formulée» mais «dégagée»,³⁷ elle pose donc inévitablement un problème d'indétermination. La difficulté est de déterminer à quoi au juste renvoie la reconnaissance, à quel contenu, à quel groupe de règles. C'est à mon avis la question fondamentale que pose la reconnaissance internationale d'une obligation de respecter, promouvoir et réaliser les principes fondamentaux au travail. La question n'est pas tant (ou plus) celle de savoir *si* les droits fondamentaux en cause sont universellement reconnus, mais bien de déterminer qu'est-ce qui, au juste, est reconnu, c'est-à-dire jusqu'où s'étend cette reconnaissance. Sur quoi s'accorde-t-on universellement? Quel est l'objet, l'étendue du consensus en la matière? Que désignent les principes fondamentaux de la liberté syndicale, de la non-discrimination, de l'interdiction du travail forcé et des pires formes de travail des enfants, sur lesquels porte la pratique générale de reconnaissance à l'échelle universelle par la communauté internationale? Voilà ce qu'il faut clarifier. En effet, il ne sert à rien d'affirmer la reconnaissance de ces principes et l'obligation de les respecter si on ne peut leur donner un contenu, une portée. S'il y a un consensus universel sur ces principes, c'est qu'il y a un consensus universel sur ce qu'ils signifient. Et s'il y a un consensus universel à l'effet que ces principes sont obligatoires, cela implique qu'il y a un accord universel sur le contenu et la nature de cette obligation.

³⁶ Dans toutes les hypothèses, une parfaite identité entre une règle conventionnelle et une règle coutumière n'est pas possible, ne serait-ce parce que c'est le propre d'une règle coutumière (non posée) d'évoluer au gré des interprétations qui participent de sa reconnaissance externe.

³⁷ Epistémologiquement, on peut soutenir que l'opération qui consiste à dégager le consensus obéit à un processus qui n'est ni déductif, ni inductif, mais plutôt «abductif». Dans une optique d'herméneutique, on dira que le processus renvoie à une opération de «reconnaissance» en fonction de critères et d'un code de significations. Pour un examen de ces questions sous l'angle du droit international privé, voir A. Papaux, *Essai philosophique de la qualification juridique. De la subsumption à l'abduction. L'exemple du droit international privé*, Bruylant/Bruxelles, L.G.D.J./Paris, 2003. Voir également J. Kammerhofer, «Uncertainty in the formal sources of international law: Customary international law and some of its problems», *European Journal of International Law*, vol. 15, 2004, pp. 523-553 (soutenant que la démarche d'identification implique une approche combinant l'induction et la déduction).

Ce dernier point soulève la question inextricablement liée à toute reconnaissance de ce genre et qui concerne la nature de l'obligation qui s'y rattache: que signifie la reconnaissance coutumière du principe fondamental dans la pratique? A quoi oblige-t-elle? Quelle est la nature de l'obligation liée à la reconnaissance du principe? Comme l'a souligné Geraldo von Potbosky, la question est particulièrement pertinente et en vérité incontournable dans le cas du principe de la liberté syndicale, car le transfert des normes et institutions développées à l'échelle internationale en droit interne est beaucoup plus complexe lorsqu'il est question de rapports collectifs de travail que lorsqu'il s'agit de simples normes individuelles de travail. Dans le contexte de rapports collectifs de travail, c'est toute une série d'éléments qu'il faut soupeser et mettre en liaison dans des contextes culturels et historiques fort différents, généralement marqués par de fortes résistances contre toute tentative de changement contre l'ordre établi.³⁸

Ainsi, à côté de la question d'objet (contenu et portée d'un principe fondamental), l'autre question importante sur laquelle il convient de s'attarder est celle qui concerne la nature de l'obligation liée à la reconnaissance du principe en question, c'est-à-dire les effets ou les implications pratiques de sa reconnaissance comme principe de droit international coutumier: à quoi un Etat est-il obligé en vertu de cette norme coutumière et dans quelles circonstances? La réponse à cette question a partie liée avec la pratique internationale et la spécificité de l'ordre juridique du droit international du travail.

ii) La justification du sentiment d'obligation

La question de la justification du sentiment d'obligation (le caractère contraignant du modèle) soulève le problème de la justification des connaissances acquises par inférence inductive dans le cadre d'un processus empirique.³⁹ Ce problème se pose dans le contexte de l'établissement du droit coutumier puisqu'il exige le recours à l'observation et qu'avant d'être un concept juridique, la coutume est une «notion de fait», une «évidence vécue».⁴⁰

La solution mise de l'avant par le droit consiste à considérer les éléments (sources matérielles) comme un tout, à qualifier la pratique et à inférer l'intention à partir des actes considérés à l'aide d'un principe plus large (tel un principe général ou fondamental du droit) permettant d'opérer un choix entre certaines

³⁸ C'est un cadre juridique à la fois régulateur et habilitant qu'il faut établir. Il faut concevoir un régime mettant directement en jeu le rapport de force entre les parties visées, ce qui nécessite de tenir compte des forces économiques, politiques et sociales en présence, qui participent à la réalité de ces rapports de pouvoir: voir G. von Potbosky, «Liberté syndicale: l'impact de la convention n° 87 et l'action de l'OIT», *Revue internationale du travail*, vol. 137, 1998, p. 215.

³⁹ Même si l'induction est qualifiée, notamment parce que la base empirique est construite, la reconnaissance d'une coutume soulève le problème de justification de l'induction qui est lié au fait que toutes les inférences inductives débouchent fatalement sur une régression à l'infini ou sur un raisonnement circulaire.

⁴⁰ Voir Haggenmacher, précité, note 3, p. 27.

inductions opposées. L'approche suivie est la même qu'il s'agisse d'identifier une règle coutumière ou une obligation juridique à partir d'un groupe d'actes considérés. Dans le cas d'une coutume, la construction de l'intention est établie à partir des actes d'un groupe. Dans le cas d'une promesse, la construction de l'intention s'établit plutôt à partir des actes d'un seul acteur. Par ailleurs, une telle promesse peut elle-même servir de source matérielle dans le cadre d'une preuve plus générale d'une règle coutumière.

Dans toutes les hypothèses, les actes doivent «témoigner» de l'intention ou de la conviction de leurs auteurs, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis. Dans l'appréciation de l'*opinio juris*, ce n'est toutefois pas la conduite qui en elle-même fournit sa propre juridicité, c'est-à-dire qui engendre la conviction d'obligation, mais bien plutôt une règle ou un principe juridique externe à cette conduite, indépendant du comportement en cause (externe à la pratique), qui sert de critère d'évaluation de cette conduite, dans le but de fonder (justifier), soit expressément, soit implicitement à l'aide d'une présomption, la conviction que la pratique est «de droit» dans l'esprit de ceux qui s'y conforment.

Quand nous parlons de règles de droit coutumières, comme le principe général de la bonne foi en droit international ou la règle du précédent (*stare decisis*) en common law, nous ne faisons pas appel à une habitude, mais plutôt à une obligation. Or, les règles qui dictent une attitude ou une ligne de conduite doivent venir d'une source indépendante de la personne dont la conduite est en cause:

Je ne peux pas, par exemple, m'obliger à faire quelque chose sans me référer, pour ce faire, à une autorité supérieure. Je peux, volontairement, me placer dans le cadre d'une règle ou d'une loi qui m'oblige à faire quelque chose, mais sans cette règle, sans cette loi établie par une autorité extérieure – soit positive ou naturelle –, je ne suis pas vraiment obligé ou lié. Je ne peux pas m'obliger moi-même à cesser de fumer. Je peux seulement décider de le faire; mais je demeure libre de changer d'idée. On pourrait dire, par exemple, que je peux moi-même m'engager à ne pas fumer en faisant une promesse formelle, mais ce cas, l'obligation ne découle pas de ma volonté, mais de la loi de Dieu qui me lie.⁴¹

La Cour internationale de Justice a suivi cette approche dans les *Affaires du plateau continental de la mer du Nord*, où, ayant constaté la pratique de certains Etats en faveur du principe de l'équidistance, elle a refusé d'y voir une coutume au motif que:

Même si pareille attitude avait été beaucoup plus fréquente de la part des Etats [...], ces actes, mêmes considérés globalement, ne suffiraient pas en eux-mêmes à constituer l'*opinio juris* car, pour parvenir à ce résultat, deux

⁴¹ Voir H.A. Hubbard, «Le processus judiciaire du 'common law'», *Revue du Barreau du Québec*, vol. 28, 1968, pp. 5-6.

conditions doivent être remplies. Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio juris sive necessitatis*. Les Etats intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence, ni même le caractère habituel des actes ne suffisent. Il existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine du protocole par exemple, qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique.⁴²

Dans cette affaire, la pratique n'a pas été estimée suffisamment générale pour «attester» d'une intention qu'elle était constatative d'une règle de droit. Par ailleurs, il est implicite que la Cour n'a pas pu identifier une source externe, une règle ou un principe fondamental permettant de fonder le caractère d'obligation juridique de la pratique.

En revanche, c'est ce qui a permis à la CIJ de considérer légalement opposables un ensemble de déclarations publiques faites par un Etat dans le contexte du régime de la promesse (engagement unilatéral). En effet, dans l'*Affaire des essais nucléaires*, la Cour s'est fondée sur le devoir de solidarité et de coopération entre les Etats, qui trouve son expression juridique dans le principe général de la bonne foi, pour conclure que, lorsque les Etats font une déclaration publique et signifient par là à tous les Etats du monde leur intention de faire ou ne pas faire telle chose, ils prennent un engagement dans l'intention de se lier, qui a un effet obligatoire, même hors le cadre de négociations internationales, car ils «ne peuvent manquer de supposer que d'autres Etats pourraient prendre acte de cette déclaration et compter sur son effectivité».⁴³ Dans de telles circonstances, «aucune contrepartie n'est nécessaire pour que la déclaration prenne effet, non plus qu'une acceptation ultérieure ni même une réplique ou une réaction d'autres Etats, car cela serait incompatible avec la nature strictement unilatérale de l'acte juridique par lequel l'Etat s'est prononcé».⁴⁴

Ceci découle du fait que «la validité de telles déclarations et leurs conséquences juridiques doivent être envisagées dans le cadre général de la sécurité des relations internationales et de la confiance mutuelle si indispensable dans les

⁴² CIJ, 20 février 1969, *Affaires du plateau continental de la mer du Nord*, Rec., 1969, n° 77. Voir également *Affaire des pêcheries*, Rec. 1951, p. 131 et ss.

⁴³ *Affaire des essais nucléaires (Australie c. France)* 1974, p. 267 (opinion majoritaire rendue par J. Lachs, Président), p. 269.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 267.

rapports entre Etats». ⁴⁵ Le Président de la Cour a condensé toute la conception internationaliste de l'obligation juridique fondée sur le principe de la bonne foi en ces termes:

L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à une époque où, dans bien des domaines, cette coopération est de plus en plus indispensable. Tout comme la règle du droit des traités *pacta sunt servanda* elle-même, le caractère obligatoire d'un engagement international assumé par déclaration unilatérale repose sur la bonne foi. Les Etats intéressés peuvent donc tenir compte des déclarations unilatérales et tableur sur elles; ils sont fondés à exiger que l'obligation ainsi créée soit respectée. ⁴⁶

On trouve un écho de cette approche en France dans quatre arrêts du 29 juin 1999, où la Chambre sociale de la Cour de cassation a reconnu un effet obligatoire à des recommandations patronales (claires et précises). ⁴⁷ Ces recommandations s'inscrivaient dans le cadre d'un conflit de travail dans le secteur routier et de négociations achoppées sur une question de salaire. A cette occasion, les deux organisations patronales du secteur avaient adopté une recommandation incitant les employeurs adhérents à verser une prime salariale. Forts de cette recommandation, des salariés avaient saisi les tribunaux pour obtenir le versement de cet avantage par leur employeur. La Chambre sociale leur donna raison en se référant «à la décision unilatérale du groupement» et en lui reconnaissant un caractère obligatoire.

Ce qu'il faut retenir de ces précédents, c'est que la signification et la portée juridique que peut revêtir ou qui doit être attribuée à un engagement unilatéral dépend moins de l'intention de son auteur, que du contexte global dans lequel il s'inscrit et des attentes légitimes qu'il peut susciter chez ceux qui ceux qu'il concerne, et qui sont renforcées par l'obligation de bonne foi. Dans un contexte de négociation régi par le principe de la bonne foi, les salariés intéressés et leurs organisations syndicales sont aussi en droit de tenir compte des déclarations unilatérales des organisations patronales et tableur sur elles; ils sont d'autant plus fondés à exiger que l'obligation ainsi créée soit respectée que les engagements de ce type sont de nature à provoquer des modifications des demandes comme contrepartie aux bénéfices promis. D'autres considérations pourraient être invoquées (paix sociale et importance de garantir un traitement comparable à tous les salariés couverts par les mêmes accords, etc.).

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*, p. 268.

⁴⁷ Voir Cass. Soc., 29 juin 1999, P. n° 98-44348; P. n° 98-43686; P. n° 97-45865; P. n° 97-45877; P. n° 97-45888, Legifrance.fr; et TPS, 1999, *Comm.* n° 311.

Certes, l'utilisation des instruments de droit mou où il s'agit de constater l'existence d'un devoir, d'une obligation juridique spécifique, liée à une situation de fait donnée et au comportement d'un seul acteur, doit être distinguée de celle où il est question de reconnaître l'existence d'une nouvelle règle de droit d'application générale formée de manière spontanée sous le poids d'une pratique constante. Seule cette dernière hypothèse peut se réclamer de la coutume. Dans le premier cas, il ne s'agit pas de coutume, ni même «quasi-instantanée», mais bien de promesse, d'engagement unilatéral produisant des effets juridiques.

Cela dit, le même principe juridique peut fort bien servir de règle de reconnaissance externe dans des contextes différents, à savoir pour dégager la signification de déclarations traduisant un engagement unilatéral (la promesse) et pour dégager la signification de déclarations traduisant une pratique générale (la coutume). En effet, rien n'interdit d'avoir recours au même fondement juridique pour apprécier la valeur juridique de déclarations considérées comme sources matérielles et cela est pleinement justifié lorsqu'il est clair que les intéressés ont conscience des implications juridiques qui s'y rattachent, ce qui est certainement le cas des Etats.

3. *L'identification d'une coutume internationale du travail*

3.1 Le statut des déclarations solennelles

La coutume ordinaire est un processus social spontané et hétérogène qui ne se constate qu'*a posteriori*. A la différence d'une disposition législative qui est clairement identifiable en tant que donnée *a priori*, la coutume, «surgit spontanément, sans formes arrêtées, sans procédure définie, et c'est toute la communauté qui passe pour en être l'auteur»,⁴⁸ Tout au contraire, la formulation de règles générales selon des modes de délibération organisés et une procédure préétablie et agréée par toutes les parties impliquées n'a rien de spontané. Elle n'est pas un processus empirique, mais le résultat conscient du recours à des procédures légalement définies.

Or, qu'en est-il au juste lorsque des règles générales se forment à partir de conventions à vocation universelle, de déclarations solennelles ou de résolutions répétitives? Certains ont pris le parti d'affirmer que cette «façon de formuler les règles» n'a rien de spontané, mais qu'elle s'inscrit plutôt dans la logique du mode de formation des règles selon des procédures prédéterminées: «Elle n'est plus un processus empirique mais le résultat conscient du recours à des procédures légalement définies».⁴⁹

⁴⁸ Voir Haggemacher, précité note 3, p. 28.

⁴⁹ Voir P.M. Dupuy, *Droit international public*, Précis Dalloz, 4^e éd., Paris, 1998, n° 400.

Une telle caractérisation se justifie difficilement car elle repose sur une contradiction. On ne peut, d'un côté, évoquer la formation de règles induites *a posteriori* à partir d'une série d'instruments faits dans des contextes fort différents et de l'autre, qualifier le résultat de ce processus de règle délibérée comme «résultat conscient du recours à des procédures légalement définies». Même si les instruments participant à l'établissement de l'élément matériel de la règle coutumière peuvent avoir été conçus dans le cadre de procédures légalement définies, cela ne change rien au processus de formation d'une telle règle générale qui reste empirique. En effet, on ne peut pas affirmer que ceux qui ont pris part à la formulation de tels instruments avaient, au moment de faire ces déclarations, résolutions et «engagements promotionnels», l'intention de formuler une règle générale coutumière. Ils ne pouvaient ni savoir ce qui viendrait après, ni ce qu'ils seraient amenés à dire, ni ce que d'autres seraient amenés à faire dans un cadre et un espace-temps différents.

Une règle coutumière ne se planifie pas et le fait qu'elle puisse être formée à partir de conventions à vocation universelle, de déclarations solennelles ou de résolutions répétitives ne change absolument rien à cette réalité. Il est vrai que les choses ne sont pas si tranchées en droit international, où il y a plus de conscience de ce que l'on fait, ce qui donne à penser que le processus pourrait, comme certains le prétendent, être plutôt de type «mixte», en tant que partiellement conscient et donc voulu et partiellement le fait de processus de composition émergents. Pour ma part, je ne pense pas que cette «conscience» change la nature du processus qui reste un processus émergent (spontané). La conscience des conséquences de certaines actions par leurs auteurs m'apparaît plutôt avoir une incidence sur la valeur probante des sources matérielles comme éléments de cristallisation de l'*opinio juris*.

Certains auteurs ont émis l'opinion que peu importe le nombre de répétitions, l'accumulation de déclarations solennelles et autres instruments non contraignants à leur face même, ne suffit pas à elle seule à créer du droit. Cela ne change rien au fait qu'il s'agit encore de non-droit ou encore de pré-droit. Pour les tenants de cette conception, il n'est «pas [...] justifié de considérer que des résolutions non normatives pourraient, à force d'être répétées, se muer grâce à une espèce d'effet incantatoire en droit positif: pas plus qu'avec trois fois rien on ne fait quelque chose, l'accumulation de non-droit ou de pré-droit ne suffit à elle seule à créer du droit».⁵⁰

Paradoxalement, ce raisonnement me rappelle les «preuves» élaborées par Zénon d'Elée pour réfuter l'hypothèse pluraliste des Pythagoriciens.⁵¹

⁵⁰ Voir P. Weil, «Vers une normativité relative en droit international?», *Revue générale de droit international public*, vol. 86, 1982, p. 12.

⁵¹ Je dis paradoxalement parce que Zénon, fidèle disciple de Parménide, s'était employé à démontrer l'impossibilité du multiple alors qu'ici c'est la possibilité du tout qui est niée.

Un boisseau de maïs fait-il du bruit lorsqu'il tombe sur le sol? Clairement. Mais que dire d'un grain de maïs ou d'un millier de parties d'un grain de maïs? Cela ne fait aucun bruit. Or, le boisseau de maïs est composé uniquement de grains de maïs ou de parties des grains de maïs. Si donc les parties ne font pas de bruit lorsqu'elles tombent, comment le tout peut-il faire un bruit, alors que le tout est composé seulement des parties?⁵²

Pour rejeter la possibilité que des instruments dépourvus en eux mêmes de force normative (droit mou) puissent, lorsque considérés comme un tout, établir l'existence d'une pratique constante et générale de reconnaissance du caractère impératif d'un certain principe, il faut non seulement nier que le tout puisse être plus que la somme des parties, mais affirmer aussi qu'il ne peut même pas, ni jamais, y avoir de tout. Une telle conception résiste difficilement à l'analyse lorsqu'on la confronte à la réalité des processus de composition.

Il est vrai que si cinquante millions de personnes disent une chose, cela reste encore la même chose. Mais la répétition est justement ce qui permet la formation de la règle coutumière. Il n'y a pas de coutume possible sans consensus induit de la répétition, comme résultat émergent de l'effet de composition. Pour déterminer l'existence d'une plage, il ne s'agit pas de reconnaître qu'une accumulation de grains de sable est encore du sable, mais bien de déterminer à partir de quel moment on n'a plus seulement une accumulation de sable mais bien une plage. De même pour la coutume: il ne s'agit pas de constater que l'on est en présence d'une accumulation d'instances de même nature, mais bien de déterminer si ces éléments considérés comme un tout traduisent une pratique qui atteste d'un consensus de composition constitutif d'une règle de droit. La question est donc de savoir dans quelles circonstances et suivant quelles modalités la répétition d'un même comportement est source de normativité.

C'est dans cette optique qu'il faut examiner la question de la signification de déclarations solennelles unilatérales. Elles sont alors considérées comme sources matérielles pour établir l'existence (ou non) d'une pratique constante et générale, faisant preuve d'une règle de droit positif. Il en va de même des déclarations et résolutions qui sont élaborées à travers une éthique de discussion selon des procédures préétablies,⁵³ qui restent des instruments de droit mou au sein des institutions qui les ont produites. Hors ce cadre, la résolution ou déclaration «sera d'autant plus constitutive de coutume que le consensus qu'elle aura su créer sera large».⁵⁴

⁵² Voir F. Copleston, S.J., *A History of Philosophy*, Book One, Vol. I: *Greece and Rome*, 54-60 (chap. VII, *The Dialectic of Zen*), Image Book, Doubleday, 1985 (1^{re} éd. 1962-63), p. 56; Aristote, *Physique*, H, 5,250 a 19.

⁵³ Voir Habermas, précité note 29.

⁵⁴ Voir Deumier, précité note 14, p. 123.

3.2 La bonne foi comme critère de reconnaissance de l'opinio juris

Singulièrement, les deux domaines de régulation où la coutume se développe le plus rapidement et où l'on observe le même envahissement par les sources informelles du droit sont le droit du travail et le droit international.⁵⁵ Ce sont aussi les deux domaines où l'on note la même tendance à reconnaître que des déclarations unilatérales peuvent avoir un effet obligatoire.⁵⁶ S'il en est ainsi, c'est parce que le droit du travail et le droit international sont également les deux domaines les plus conditionnés par les rapports de force et par la politique. Pour cette raison, le droit du travail et le droit international partagent la même difficulté à assurer l'exécution de leurs normes et principes établis. Pour cette raison également, ce sont aussi les deux domaines où le principe de la bonne foi doit faire d'une vertu nécessité.

Manifestement, le droit international du travail n'échappe à aucun de ces constats.⁵⁷ S'il est un domaine du droit où le principe de la bonne foi doit faire d'une vertu nécessité, c'est bien celui-là. On insiste beaucoup sur le caractère «promotionnel» des déclarations publiques et solennelles faites par les Etats au sein ou en dehors de l'OIT, mais ce faisant, on omet de rappeler que ces «engagements promotionnels» sont aussi comptables du principe de la bonne foi. Serait-ce, pour employer une expression de Nicolas Valticos, parce que s'essayer davantage à défendre l'importance du principe de la bonne foi paraîtrait *enfoncer une porte ouverte*?⁵⁸

Chose certaine, quel que soit le fondement juridique, les déclarations ont un effet cumulatif et font naître des attentes légitimes auprès des citoyens. Il n'y a pas que des liens entre la paix et la sécurité internationale d'une part et la jouissance des droits et des libertés fondamentales d'autre part. Il y a aussi des liens entre la paix et la sécurité internationale d'un côté et la perception qu'ont les citoyens de la légitimité du comportement des Etats et leurs dirigeants de

⁵⁵ *Ibid.*, p. 115, para. 130.

⁵⁶ Déclarations publiques dans le cas du droit international et recommandations patronales dans le cas du droit du travail.

⁵⁷ On ne s'étonnera donc pas que le principe de l'effet contraignant des déclarations publiques unilatérales énoncé par la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire des essais nucléaires* ait également été appliqué par la Commission d'enquête sur le travail forcé au Myanmar aux déclarations faites par cet Etat: «Dans le cas d'espèce, on peut considérer que le gouvernement du Myanmar est lié par ses actes unilatéraux de confirmation de l'application de la convention n° 29, dont les autres Etats ont pris note. [...] Ces actes du gouvernement du Myanmar sont des actes unilatéraux, ayant pour effet de limiter, pour l'avenir, sa liberté par rapport à la convention n° 29; ils concernent une question qui ne se prêterait pas à un accord formel avec un autre Etat ou un groupe d'Etats. En conséquence, le Myanmar, ayant fait une déclaration devant la communauté internationale, à travers sa réponse au comité constitué en vertu de l'article 24, peut désormais être tenu comptable de cette déclaration par la communauté internationale à travers le BIT»; voir Rapport de la commission d'enquête instituée en vertu de l'article 26 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail pour examiner le respect par le Myanmar de la convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930, GB.267/16/2, GB.268/14/8, GB.268/15/1, Partie IV.

⁵⁸ Voir Nicolas Valticos, «Universalité des droits de l'homme et diversité des conditions nationales», dans *Liber amicorum discipulorumque René Cassin*, Paris, Pedone, 1969, vol. I, p. 388.

l'autre. Les engagements solennels auxquels il n'est pas donné suite tournent en dérision les attentes légitimes des citoyens de voir leurs droits pris au sérieux. Il ne faut surtout pas prendre ce phénomène à la légère, car la perte de confiance du public à l'endroit des dirigeants et des institutions établies engendre un cynisme qui peut, à la longue, dégénérer en révolte.

En l'occurrence, rien n'interdit de faire appel au principe de la bonne foi comme critère de reconnaissance (externe) pour déterminer la signification juridique de la pratique actuelle internationale et universelle de reconnaissance (interne) par les Etats de droits et principes fondamentaux au travail et la nécessité de les respecter de bonne foi. Cela est pleinement conforme à la logique du fondement de l'ordre international, dont la légitimité s'enracine à la fois dans les accords de réciprocité et dans l'obligation de solidarité et de coopération. L'observance de cette dernière obligation assure la paix en favorisant la sécurité des relations et la confiance du public envers l'ordre établi.

Le fondement ultime de l'obligation d'obéir au droit découle de *l'association*, car les droits ne peuvent exister que dans et par l'association. En effet, si «la liberté inclut dans sa notion, à titre d'élément essentiel, le pouvoir de s'autodéterminer, c'est-à-dire de se donner une fin, un projet de vie ainsi que les moyens d'y parvenir»,⁵⁹ l'obligation d'obéir au droit s'enracine dans le fait même d'appartenir à la société, comme exigence imposée par la viabilité d'une association entre êtres libres:

Certes les lois auxquelles chacun est tenu de se soumettre ne sont pas l'objet d'un consensus explicite de tous les membres de la communauté; il suffit qu'elles soient voulues par la majorité selon les exigences du processus démocratique. Que par la suite elles deviennent obligatoires pour tous sans exception, c'est une extension rendue nécessaire par la viabilité de l'association ainsi que par l'équité suivant laquelle tous les membres encourent les mêmes obligations et jouissent des mêmes droits. La configuration d'une société ne dépend pas uniquement du vouloir de ses membres, elle comporte aussi des traits qu'impose la viabilité d'une association entre être libres; et l'obligation d'obéir aux lois est un de ceux-là.⁶⁰

Il n'en va pas différemment au niveau international, où «on n'a jamais mis en doute que lorsqu'un nouvel Etat indépendant vient à l'existence, comme le fit l'Irak en 1932, et Israël en 1948, il se trouve lié par les obligations générales du

⁵⁹ Voir Lambert, précité note 29, p. 209.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 219. Il ne saurait en être autrement dans la mesure où nous naissons tous dans un ordre juridique déjà constitué: «Tout sujet est partie prenante d'un accord dès qu'il est membre d'une association; s'associer c'est accepter un accord avec toutes les clauses qu'ils contient, même si ces dernières ne sont pas toujours explicitement connues. Un citoyen nouvellement reçu est tenu d'obéir aux lois, même s'il n'en a pas une connaissance explicite; cette dernière est présumée» (p. 220).

droit international, y compris, entre autres, par les règles qui donnent force obligatoire aux traités». ⁶¹ Un Etat qui revendique les droits et privilèges du concept de souveraineté du droit international est corrélativement réputé en accepter par le fait même les normes et les obligations. Car, sauf à nier l'existence même du droit international et par là celle du principe de souveraineté, il faut tenir l'Etat comme étant effectivement soumis aux normes de ce droit, même s'il lui arrive de les violer. ⁶²

Si les accords de réciprocité sont l'élément constitutif de toute association, sa condition première et inévitable est *la coexistence pacifique*. Or, la coexistence pacifique dépend non seulement du respect des accords de réciprocité, mais aussi des impératifs de la solidarité et de la coopération, qui sont essentiels à la réalisation des finalités communes de l'association. Le respect de ces impératifs est aussi fondé sur l'équité et il a pour corollaire le respect des obligations de la justice fondamentale qui se concrétise à travers les exigences de la prévisibilité, de la cohérence, de l'objectivité et de la bonne foi.

C'est ainsi que l'obligation d'obéir aux règles de l'ordre juridique international se réclame non seulement du «principe de nécessité» comme fondement volontariste et individualiste de l'obligation, mais également des impératifs d'équité de la justice fondamentale (fondement collectif et associatif de l'obligation), que l'on peut désigner, en s'inspirant de Ronald Dworkin, par la notion de «principe d'intégrité» qui s'entend aussi de «fidélité à ses principes». ⁶³

Cela est particulièrement vrai dans le cas du droit international du travail dont la raison d'être, comme *lex specialis* du droit international, est l'amélioration du sort de l'humanité à travers l'action commune fondée sur le principe d'universalité. ⁶⁴ C'est notamment pourquoi, comme l'a souligné Nicolas Valticos, «les instruments internationaux dans le domaine des droits de l'homme ne sont pas des traités synallagmatiques pour lesquels l'équilibre des prestations réciproques des Etats qui y sont parties constitue un élément essentiel; ils expriment l'engagement des Etats, en tant que membres de la communauté internationale, à agir en commun pour l'amélioration de la condition humaine». ⁶⁵

⁶¹ Voir H.L.A. Hart, *Le concept de droit* (trad de l'anglais par M. von de Kerchove avec la coll. de J. van Drooghenbroeck et R. Célis, 1^{re} éd. de 1961), Publications des facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1976, p. 267.

⁶² Voir L. Favoreau (coord.), *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Précis Dalloz, 1999, p. 56, para. 44.

⁶³ Le principe d'intégrité se présente comme le principe de justice fondamentale fondé sur les impératifs de la prévisibilité, de la cohérence, de l'objectivité et de la bonne foi: «[traduction] Quand à l'intégrité, en voici une première approche. Cette dernière (l'intégrité) est parfois rassemblée dans une formule condensée qui veut que les cas semblables doivent être traités de façon similaire. Elle requiert que le gouvernement n'ait qu'une seule voix, qu'il se comporte d'une manière cohérente et appuyée sur des principes envers tous ses citoyens, de telle sorte qu'il étende à chacun des normes de justice et d'équité qu'il applique à quelques uns»; voir R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1986, p. 165.

⁶⁴ Voir Habermas, précité note 29.

⁶⁵ Voir Valticos, précité note 58, p. 393.

III. Preuve d'un droit international coutumier du travail

1. *Le consensus autour des droits et principes fondamentaux au travail*

1.1 Les reconnaissances étatiques

Les développements survenus ces dernières années sur la scène internationale ont donné à l'ensemble des Etats de nombreuses occasions de réaffirmer leurs positions de principe en ce qui concerne le statut de certains droits fondamentaux au travail et de réaffirmer le rôle qui leur incombe à ce chapitre. Le mouvement ascendant de ratification des conventions fondamentales en témoigne,⁶⁶ de même que la tendance à l'inclusion de garanties constitutionnelles concernant ces mêmes droits et principes dans l'ordre juridique interne des Etats.⁶⁷ Il en va

⁶⁶ Etat des ratifications (conventions fondamentales) au 12 juillet 2004: C. 182 – Pires formes de travail des enfants (150 ratifications); C. 138 – Age minimum de travail (134 ratifications); C. 111 – Discrimination (emploi et profession) (160 ratifications); C. 105 – Abolition du travail forcé (161 ratifications); C. 100 – Egalité de rémunération (161 ratifications); C. 098 – Droits d'organisation et de négociation collective (154 ratifications); C. 087 – Liberté syndicale et protection du droit d'organisation (142 ratifications); C. 029 – Travail forcé (163 ratifications). La moyenne est de 153 ratifications par convention fondamentale pour un total de 177 Etats membres de l'OIT. Le niveau de ratification des conventions fondamentales en fonction du nombre total d'Etats membres de l'OIT (reconnaissance formelle) s'élève ainsi à 86.44%.

⁶⁷ Pratiquement tous les Etats du monde ont aujourd'hui une constitution écrite comportant un volet «*Bill of Rights*» où l'on retrouve affirmés de manière plus ou moins spécifique, les quatre principes et droits fondamentaux au travail renvoyant aux huit conventions fondamentales de l'OIT. Cela est frappant dans le cas de la liberté syndicale, le droit pourtant dit «le plus litigieux». La Constitution de l'Inde, l'un des quelques Etats à ne pas avoir ratifié les conventions fondamentales en la matière, comporte une disposition à cet effet (paragr. 19(c) de la Constitution de l'Inde: *freedom to form association or union*; voir aussi les paragr. 19 (a) et (b)). De même la Constitution de la République populaire de Chine (édition révisée de 1999), qui est l'autre pays le plus peuplé à ne pas avoir ratifié les conventions n° 87 et n° 98, dispose à l'article 35 que «les citoyens de la République populaire de Chine jouissent de la liberté de parole, de la presse, de réunion, d'association, de cortège et de manifestation». Aux Etats-Unis, c'est sous le 1^{er} amendement de la Constitution américaine (qui garantit la liberté d'expression), que le droit général à la liberté d'association a été reconnu comme étant inclus par implication nécessaire: voir notamment les arrêts *Healy v. James*, 408 U.S. 169 (1972); *Baird v. State Bar of Arizona*, 401 U.S. 1 (1971); *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449 (1958)). Dans ce pays des plus influents qui n'a ratifié que deux des huit conventions fondamentales, le Congrès a par ailleurs établi des objectifs de négociation en matière de libre échange qui exigent que la Déclaration de l'OIT de 1998 et les «*droits fondamentaux du travail/ droits fondamentaux des travailleurs internationalement reconnus*» soient incorporés dans tous les accords bilatéraux ou régionaux, avec la possibilité de sanctions économiques commerciales. L'un des objectifs de négociation inclut le «[traduction] renforcement de la capacité des partenaires commerciaux de promouvoir le respect des normes fondamentales du travail». Les objectifs sont spécifiés dans le *Trade Act of 2002*, P.L. 107-210. En outre, dans de nombreuses lois américaines, y compris le Système généralisé de préférences (*Generalized System of Preferences*), qui accorde des avantages en matière de commerce à plus de 140 pays en développement et dans la *Loi sur le Commerce de 1988*, les «droits des travailleurs internationalement reconnus» sont définis comme: 1) le droit d'association, 2) le droit d'organisation et de négociation collective; 3) l'interdiction du travail forcé ou obligatoire; 4) l'âge minimum pour l'emploi des enfants; et 5) des conditions de travail acceptables en ce qui concerne le salaire minimum,

de même des actions menées par les organisations régionales établies sur une base continentale.⁶⁸ A tous les niveaux de la pratique (approches unilatérales, bilatérales, régionales et multilatérales) toutes ces évolutions convergent dans la même direction.

L'ensemble de la communauté internationale des Etats reconnaît que le principe de la liberté syndicale et le principe de non-discrimination sont nécessaires pour atteindre les objectifs du travail décent, alors que le travail forcé et les pires formes de travail des enfants sont contraires à ces objectifs. L'ensemble de la communauté des Etats reconnaît qu'ils ont tous le devoir de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi, ces principes fondamentaux, peu importe qu'ils aient ou non ratifié les conventions qui en traitent.

Tant dans la Déclaration adoptée à Copenhague en 1995 lors du Sommet mondial pour le développement social,⁶⁹ que dans la Déclaration ministérielle adoptée à Singapour en 1996 dans le cadre de l'OMC,⁷⁰ et que dans la Déclaration de l'OIT et de son suivi de 1998,⁷¹ les Etats ont affirmé leur détermination à respecter ces principes fondamentaux et renouvelé leur engagement à les respecter.

les heures de travail et la santé et sécurité au travail. En vertu de ces lois, des plaintes peuvent être logées alléguant que le pays concerné ne prend pas de «mesures» pour réaliser les droits susmentionnés des travailleurs internationalement reconnus: voir E.E. Potter, «The Growing Importance of the International Labour Organization», International Labour Law Conference «Meeting the Challenges of Globalization», London (Ontario), 18 Octobre 2003, p. 6 [à paraître sous Oxford Univ. Press].

⁶⁸ L'Asie est le seul continent à ne pas s'être encore doté d'une telle organisation et d'un système ou mécanisme intergouvernemental pour la protection des droits humains sur une base régionale. Toutefois, l'idée d'un mécanisme sur les droits humains se fait jour, particulièrement dans le cadre de l'ASEAN (l'Association des Pays de Sud-est Asiatique) établie en 1967: pour un examen des développements en ce sens, voir V. Muntarbhorn, «Vers un mécanisme sur les droits de l'homme dans le cadre de l'ASEAN?», *Droits fondamentaux*, n° 2, janvier – décembre 2002, 63 [<http://www.droits-fondamentaux.org>]

⁶⁹ Où l'on a défini un ensemble de droits fondamentaux des travailleurs fondés sur les sept conventions qui ont servi de références pour l'adoption de la Déclaration de l'OIT et de son suivi en 1998. La convention n° 182 sur les pires formes de travail des enfants, adoptée en 1999, a complété la liste des conventions fondamentales (travail forcé: C. 29 et C. 105; travail des enfants: C. 138 et C. 182; liberté syndicale: C. 87, C. 98; non-discrimination: C. 100 et C. 111). Voir <http://www.un.org/esa/socdev/wssd/index.html>

⁷⁰ Le paragr. 4 de la Déclaration de Singapour intitulé «normes fondamentales du travail» débute avec l'affirmation suivante: «Nous renouvelons notre engagement d'observer les normes fondamentales du travail internationalement reconnues»; voir <http://www.wto.org>

⁷¹ La *Déclaration sur les principes et droits fondamentaux au travail et de son suivi* a été adoptée par la Conférence internationale du Travail à sa 86^e session de 1998 par 273 votes en faveur, aucun vote contre, avec 43 abstentions. Elle est l'aboutissement d'une proposition présentée à l'origine au Conseil d'administration de l'OIT en mars 1997 par le groupe des employeurs, pour que le mandat de l'OIT soit plus clairement défini «au moyen d'un document qui pourrait prendre la forme d'une déclaration, laquelle pourrait être adoptée par la conférence. Ce document n'aurait pas pour effet de modifier la Constitution mais simplement d'en préciser la signification au regard des principes fondamentaux»; voir *Examen d'une éventuelle Déclaration de principes de l'Organisation internationale du Travail relative aux droits fondamentaux et de son mécanisme de suivi approprié*, Conférence internationale du Travail, 86^e session, 1998, *Rapport VII*, p. 7.

En outre, lors de la Conférence ministérielle de Doha en 2001, les Membres de l'OMC ont réaffirmé leur soutien à la disposition de la Déclaration de Singapour relative aux normes fondamentales du travail reconnues à l'échelle internationale.⁷²

Plusieurs organisations et institutions internationales, y compris l'OIT ont également adopté des déclarations et résolutions, de même que défini des conventions, des guides et des codes de conduites visant à favoriser l'engagement volontaire des multinationales envers ces droits et principes fondamentaux. On peut citer parmi les plus importants les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales définis en 1976 et réarticulés en 2002,⁷³ la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et son suivi, adoptée par l'OIT en 1977 et modifiée en 2000⁷⁴ et les Principes du «Global Compact», proposés par le Secrétaire général des Nations Unis, Kofi Annan, lors du Forum économique mondial de 1999 et adoptés depuis par un grand nombre de multinationales.⁷⁵ A cela s'ajoutent désormais les quelques trente et un Accords-cadres intervenus entre les syndicats globaux et des multinationales, qui ont tous en commun le fait de se référer aux principes fondamentaux énumérés dans la Déclaration de l'OIT de 1998.⁷⁶

Les organisations régionales ont également fait un large usage de déclarations solennelles et autres instruments promotionnels dans lesquels les dirigeants réaffirment leur engagement envers les droits et principes fondamentaux au travail.⁷⁷ Aux Déclarations de chefs d'état et de gouvernements s'ajoutent des

⁷² Voir la Déclaration ministérielle de l'OMC à Doha, 20 novembre 2001, paragr. 8: «Nous réitérons la déclaration que nous avons faite à la Conférence ministérielle de Singapour concernant les normes fondamentales du travail internationalement reconnues. Nous prenons note des travaux en cours à l'Organisation internationale du travail (OIT) sur la dimension sociale de la mondialisation.» La Déclaration ministérielle de la Conférence ministérielle de Cancun en date du 14 septembre 2003 réitère l'engagement en énonçant: «nous réaffirmons toutes nos Déclarations et Décisions de Doha et nous réengageons à travailler en vue de les mettre pleinement et fidèlement en œuvre.»

⁷³ Voir OCDE, *Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, révision 2000, spécif. «Déclaration par le président de la réunion ministérielle», juin 2000, pp. 6-7 et Section IV. «Emploi et relations professionnelles», pp. 26-27 [<http://www.oecd.org>]

⁷⁴ Le but de la Déclaration sur les multinationales et son suivi est de promouvoir l'engagement des entreprises, des organisations et des gouvernements à respecter les normes du travail et à contribuer à l'amélioration des relations professionnelles. Elle repose sur les conventions de l'OIT auxquelles elle fait abondamment référence; voir <http://www.ilo.org/ilolex/french/ilo-querymtn1.htm>

⁷⁵ Voir <http://www.unglobalcompact.org/Portal/Default.asp>

⁷⁶ Pour une liste de ces accords et l'accès au texte intégral, voir <http://www.global-unions.org/>

⁷⁷ Je me limiterai ici à l'exemple des Déclarations solennelles faites par les 35 chefs d'Etat et de gouvernement membres de l'Organisation des Etats américains (OEA) dans le cadre du processus d'intégration (économique) des Amériques, au terme de Sommets extraordinaires et autres réunions charnières. Dans leur plus récente déclaration, la Déclaration de Nuevo León de janvier 2004, les 35 chefs d'Etat et de gouvernement de l'hémisphère déclarent: «Nous sommes engagés en faveur des principes du travail décent consacrés par l'Organisation internationale du travail et nous encourageons l'application de la Déclaration de l'OIT relative aux principes

Déclarations ministérielles et autres déclarations publiques. C'est ainsi qu'en 2001 les Ministres du travail des trente-cinq Etats membres de l'Organisation des Etats américains ont exprimé des plus clairement leur détermination et leur engagement à réaliser, promouvoir et mettre en œuvre les droits et principes fondamentaux du travail, conformément aux termes de la Déclaration de l'OIT de 1998.⁷⁸ Cet extrait de la Déclaration d'Ottawa est on ne peut plus explicite en ce sens:

[Traduction] Nous sommes d'accord qu'il est fondamentalement important que l'économie et les entreprises profitent à toute la population et que le concept de «travail décent» de l'OIT soit appliqué pour le bien-

et droits fondamentaux au travail avec la certitude que le respect des droits et de la dignité des travailleurs est un élément indispensable à la réduction de la pauvreté et au développement social et économique durable de nos peuples. En outre, nous convenons de prendre des mesures pour combattre les pires formes de travail des enfants. Nous reconnaissons et appuyons les travaux importants de la Conférence interaméricaine des ministres du travail visant à atteindre ces objectifs essentiels»; voir *Déclaration de Nuevo León*, Sommet extraordinaire des Amériques, Monterrey 2004: http://www.ftaa-alca.org/Summits_f.asp (site du Sommet des Amériques); voir également <http://www.summit-americas.org/>. Dans la Déclaration de Québec de 2001, ils avaient également affirmé: «Nous favoriserons le respect des normes fondamentales du travail reconnues au niveau international, telles qu'elles ont été incluses dans la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi adoptée en 1998 par l'Organisation internationale du travail (OIT). Nous prendrons en considération la ratification ou l'adhésion des ententes de base de l'OIT, comme il convient»: voir *Déclaration de Québec* ou *Déclaration de principes et plan d'action*, Sommet des Amériques, Québec 2001 (*id.*, site du *Sommet des Amériques*). La Déclaration précise aussi que «la raison d'être des Sommets des Amériques est de servir les peuples». Le Plan d'Action annexé à la Déclaration de Québec de 2001 comporte par ailleurs un chapitre sur les «*Droits de la personne et libertés fondamentales*» qui fait référence à toute une série d'engagement fondés sur la promotion et la mise en œuvre des droits fondamentaux, particulièrement les droits la personne. Il fait expressément référence au mandat de la *Déclaration et Programme d'action de Vienne* de 1993 (ONU Doc. A/CONF.157/24(partie I), 13 oct. 1993) et à la *Déclaration des Nations Unies sur les défenseurs des droits de l'homme*. Le chapitre 2 du *Plan d'action* annexé à la Déclaration de Québec (*id.*, site du Sommet des Amériques), prévoit que les chefs d'états et gouvernements vont «s'efforcer de promouvoir et de mettre en œuvre la Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus (appelée parfois la Déclaration des Nations Unies sur les défenseurs des droits de l'homme)». La Déclaration de Miami de 1998 comportait déjà un engagement de promouvoir et de respecter les droits de la personne et les libertés fondamentales de tous les individus et la reconnaissance de la nécessité de «promouvoir la ratification et la mise en œuvre des accords internationaux destinés à les sauvegarder, et de continuer à renforcer les institutions nationales et internationales pertinentes.»: voir *Déclaration de Principes*, Deuxième Sommet des Amériques, Santiago 1998, *id.*, site du Sommet des Amériques.

⁷⁸ Voir *Declaration and Plan of Action of Salvador* – XIII^e Conférence Inter-Américaine des Ministres du travail, Brésil 2003, spéc. l'Art. 12 (d) du Plan d'Action qui souligne parmi les domaines d'action des ministères du travail: «[traduction] la promotion du dialogue social et l'adoption et la mise en œuvre de mesures législatives destinée à renforcer les organisation libres et autonomes de travailleurs, d'employeurs et d'autres acteurs; incitatifs pour la négociation collective et l'institutionnalisation d'espaces pour le dialogue social et la participation des acteurs de la société civile aux processus de décisions sur les questions liées au travail et au développement»; voir *Declaration and Plan of Action of Ottawa* – XII^e Conférence Inter-Américaine des Ministres du travail, Ottawa 2001: voir généralement <http://www.summit-americas.org/Quebec-Labor/labor-eng.htm>

être de nos citoyens. Nous acceptons de promouvoir et de respecter les droits fondamentaux des travailleurs conformément à ce qui a été établi dans la Déclaration de l'OIT sur les principes et droits fondamentaux et son suivi. Nous notons l'engagement de nos dirigeants d'adopter et de mettre en œuvre la législation et les politiques qui prévoient l'application effective des normes fondamentales du travail telles que reconnues dans la Déclaration, et nous demandons à l'OIT d'augmenter son support technique aux états membres afin d'atteindre ces objectifs. Nous allons aussi promouvoir la ratification des conventions fondamentales de cette organisation. Nous notons avec satisfaction la ratification par plusieurs états dans les Amériques d'une série de conventions de l'OIT et nous [les] encourageons à maintenir l'appui des standards de cette organisation. Nous nous efforcerons d'améliorer les conditions de travail des gens dans les pays de la région, en portant une attention particulière à ceux du secteur informel, les gens qui appartiennent à des minorités ethniques et religieuses, et autres personnes ayant d'autres expériences et besoins y compris les femmes, les jeunes, les travailleurs âgés, les peuples indigènes, les travailleurs migrants, les personnes handicapées et les personnes atteintes du VIH/SIDA. Nous tâcherons d'inclure les travailleurs du secteur informel dans le secteur formel.⁷⁹

1.2 Les reconnaissances jurisprudentielles

L'influence de ce consensus international sur l'existence de droit fondamentaux de la personne au travail se vérifie également concrètement sur le plan jurisprudentiel. Quelques exemples récents suffiront à l'illustrer.

i) La liberté syndicale

Le cas particulier du principe de la liberté syndicale, dont on a dit en 1975 qu'il était «devenu une règle coutumière au-dessus des conventions» et fait partie des «règles d'ordre général qui sont le bien commun des peuples du XX^e siècle»⁸⁰ est particulièrement instructif. Il y a déjà plus de cinquante ans, Paul Ramadier, ancien premier ministre de la France et premier président du Comité de la liberté syndicale, avait déjà fait une déclaration dans le même

⁷⁹ Voir *Déclaration d'Ottawa*, Déclaration des ministres du Travail des états membres de l'OEA, Ottawa, Canada, Octobre 19, 2001; voir <http://www.summit-americas.org/Quebec-Labor/labor-eng.htm>

⁸⁰ Voir Nicolas Valticos, «Droit international du travail et souverainetés étatiques», dans *Mélanges Fernand Dehousse*, 1979, p. 127, se référant à l'observation de la Commission d'investigation en matière de liberté syndicale dans son rapport, *La situation syndicale au Chili*, BIT, Genève, 1975, paragr. 466.

sens.⁸¹ Vingt-cinq ans plus tard, Nicolas Valticos avait souligné le principe aujourd'hui incontesté, selon lequel la liberté syndicale figure au premier chef parmi les «normes et principes fondamentaux qui lient dans une certaine mesure les Etats membres de l'OIT, même s'ils n'ont pas ratifié les conventions qui traitent de la question de manière précise.»⁸²

Jusqu'à récemment, les reconnaissances du statut coutumier du principe de la liberté syndicale se limitaient à des affirmations doctrinales et à des conclusions émanant des organes de contrôle de l'OIT. Or, ce n'est plus le cas depuis la décision rendue le 23 avril 2003 par la District Court of Alabama aux Etats-Unis dans *Estate of Rodriguez v. Drummond Co., Inc.*⁸³ Dans cette affaire, les demandeurs soutenaient que des dirigeants syndicaux avaient été assassinés par des représentants de la société défenderesse, qui opérait une mine de charbon ainsi qu'une ligne de chemin de fer et des installations portuaires d'appoint en Colombie. Les plaignants alléguaient spécifiquement que Drummond avait embauché des forces de sécurité paramilitaires pour neutraliser (faire taire) les dirigeants syndicaux représentant les travailleurs aux installations de la défenderesse en ayant recours à des moyens violents (meurtre, torture et détention arbitraire). Or, bien que la Cour ait rejeté la demande logée en vertu du *Alien Tort Claims Act* (ATCA),⁸⁴ elle a conclu que, même si la Convention n° 87 n'a pas été ratifiée par les Etats-Unis, la liberté syndicale et la Convention n° 87 sont des «principes généralement reconnus du droit international» («*generally recognized principles of international law*»). Comme le souligne E.E. Potter, délégué du groupe des employeurs à la Conférence internationale de l'OIT:

[Traduction] Cette conclusion par une juridiction judiciaire conservatrice aux Etats-Unis est significative pour deux raisons. Premièrement, jusqu'à cette décision, la liberté syndicale n'avait pas été considérée comme un principe

⁸¹ *Ibid.*, n. 34, rappelant la déclaration en ce sens de Paul Ramadier, *Procès-verbaux du Conseil d'administration du BIT*, 121^e session, 1953, p. 40; voir également G. von Potbosky, «Freedom of association: The impact of Convention n° 87 and ILO action», *International Labour Review*, vol. 137, 1998: «as Paul Ramadier, for ten years the Chairman of the Committee on Freedom of Association of the ILO's Governing Body, has stated, the principle of freedom of association is a kind of customary rule in common law, standing outside or above the scope of any Conventions or even of membership of one or other of the international organizations».

⁸² *Ibid.*

⁸³ Voir Potter, précité note 67, pp. 11-12.

⁸⁴ Cette loi américaine donne juridiction en matière de délits civils sur toutes les violations de droit international, définies selon une interprétation évolutive. Pour pouvoir loger une poursuite, les plaignants étrangers ne sont pas tenus d'épuiser les procédures de leur ordre juridique. Les sociétés multinationales peuvent être visées comme défenderesses non seulement lorsqu'elles agissent de concert avec un Etat étranger, mais également si leurs actions peuvent être interprétées comme le fait d'aider et supporter les actes d'un Etat étranger qui se rend coupable de violations d'obligations internationales.

⁸⁵ Voir American Law Institute, *Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States*, § 701, Comment, Volume 2, 152 (1986).

généralement reconnu du droit américain.⁸⁵ Ni n'avait-elle été considérée comme une norme péremptoire du droit international.⁸⁶ Même s'il est à prévoir que la plupart des poursuites en vertu de l'ATCA impliqueront des questions de torture, de meurtre et autres normes largement acceptées par le «droit des nations», la décision de la District court de l'Alabama soulève la possibilité que les tribunaux américain concluront que les huit conventions fondamentales de l'OIT constituent le «droit des nations». Ceci est renforcé par le fait que 54 pourcent de l'ensemble des membres de l'OIT a ratifié les huit conventions fondamentales.⁸⁷

Un autre développement significatif en ce domaine mérite d'être souligné. La liberté syndicale repose par définition sur la logique de la subsidiarité, qui pose comme idée directrice la règle selon laquelle le sommet doit éviter d'étouffer les initiatives de la base. Le corollaire de cette règle est que l'autorité centrale, qui se trouve en quelque sorte réduite à une force d'appoint, doit exercer cette force pour assurer l'exercice effectif des initiatives menées par la base.⁸⁸ L'approche fondée sur la subsidiarité admet qu'il existe des cas où l'absence d'intervention des autorités publiques est susceptible d'étouffer les initiatives de la base, portant ainsi atteinte sensiblement à la jouissance de libertés fondamentales. Or la liberté syndicale est l'un de ces cas. La liberté syndicale est l'une de ces libertés qui impose à l'Etat des obligations de faire, c'est-à-dire un devoir positif d'intervenir sous la forme d'une mesure législative en vue d'assurer la jouissance effective des droits des individus concernés.⁸⁹ Tel est le sens de l'obligation de «respecter, promouvoir et réaliser» le principe de «la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective» universellement reconnu par l'ensemble des Etats. Tel est également le sens des principes et droits en matière de liberté syndicale, qui ont été «exprimés et développés sous forme de droits et d'obligations spécifiques dans les conventions reconnues comme fondamentales, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'Organisation»⁹⁰ et qui «se

⁸⁶ *Ibid.*, paragr. § 702.

⁸⁷ Voir Potter, précité note 67, p. 12.

⁸⁸ Comme le souligne Jean-Louis Clergerie, l'approche de la subsidiarité, tout à fait conforme au droit naturel, était déjà présente au tout début du XVII^e siècle chez Althusius et elle fut également celle de Benjamin Constant, pour qui la décentralisation permettait de limiter les prérogatives du gouvernement, de même que d'Alexis de Tocqueville, qui y voyait le seul moyen de permettre la participation des citoyens à l'action collective: voir J.-L. Clergerie, *Le principe de subsidiarité*, Ellipses, Paris, 1997, p. 32.

⁸⁹ Voir *infra* sur ce point *Dunmore c. Ontario (Procureur général)* [2001] 3 R.C.S. 1016, où la Cour suprême du Canada a conclu que, pour que la liberté syndicale ait un sens, la liberté d'association garantie par la Charte canadienne des droits et libertés devait être interprétée comme imposant à l'Etat l'obligation positive d'étendre la protection légale au groupe non protégé, en l'occurrence, les travailleurs agricoles exclus du régime général de relations du travail.

⁹⁰ Voir second alinéa de l'article 1 de la Déclaration de l'OIT de 1998.

sont été dégagés aussi de la jurisprudence qu'à édiflée au cours des ans le Comité de la liberté syndicale en examinant des centaines de cas». ⁹¹

Or, c'est également ce que la Cour suprême du Canada a reconnu dans l'affaire *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*⁹² décidée en 2001 et qui soulevait la constitutionnalité de l'exclusion des travailleurs agricoles du régime général de négociation collective par le gouvernement de la province de l'Ontario.⁹³ En fondant sa conclusion, la Cour s'est appuyée sur des conventions de l'OIT non ratifiées par le Canada ainsi que sur les principes dégagés par les organes de contrôle de l'OIT. La Cour a conclu que le droit général à la liberté d'association garanti par la Constitution canadienne impose dans certains cas à l'Etat l'obligation de prendre des mesures positives pour préserver et faciliter l'exercice de la liberté syndicale, car une attitude de retenue de la part du gouvernement dans le domaine des relations de travail expose la plupart des travailleurs non seulement à diverses pratiques déloyales de travail, mais peut aussi engager leur responsabilité juridique en common law pour coalition ou restriction de commerce.⁹⁴ La Cour a reconnu que l'histoire des relations du travail témoigne du fait que de telles garanties sont nécessaires en vertu de la vulnérabilité inhérente des travailleurs aux pressions exercées par la direction et du pouvoir de nature privée qu'ont les employeurs de nuire à la formation et à l'administration des syndicats lorsque ce pouvoir n'est pas contrôlé.

ii) La non-discrimination en matière d'emploi et de profession

Un développement intéressant sur ce registre est l'avis consultatif n° 18, *Statut juridique des travailleurs migrants sans papiers*, où la Cour interaméricaine des droits de l'homme a évoqué les principes d'égalité et de non-discrimination en affirmant que «ces principes conditionnent l'ensemble du droit interne aussi bien que du droit international, en ajoutant qu'ils s'appliquent à tous les Etats parce qu'ils «relèvent du *ius cogens*, ayant un caractère non dérogeable, et produisent des obligations de protection *erga omnes* engageant l'ensemble des Etats et déployant des effets vis-à-vis de tierces parties, y compris des individus».⁹⁵

⁹¹ Voir Valticos, précité note 80, p. 127.

⁹² [2001] 3 R.C.S. 1016.

⁹³ Qui comporte garanties essentielles pour assurer l'exercice effectif de la liberté syndicale, notamment des protections contre les pratiques déloyales de travail, y compris contre l'ingérence, la discrimination et les représailles pour activités syndicales et un mécanisme permettant de garantir la reconnaissance officielle des organisations représentatives de travailleurs.

⁹⁴ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, précité note 89, paragr. 19 et ss. (La Cour suprême du Canada y examine la responsabilité de l'Etat vis-à-vis de la liberté syndicale en général et en ce qui concerne les travailleurs agricoles en particuliers).

⁹⁵ Voir L. Caffisch et A.A. Cançado Trindade, «Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général», *Revue générale de droit international public*, vol. 108, 2004, p. 58, se référant à Avis consultatif n° 18 du 17 septembre 2003, *Statut juridique des travailleurs migrants sans papiers*, CIADH, FO Série A, n° 18, §§ 100, 101 et 110.

Dans le domaine de la discrimination dans l'emploi et la profession, les tribunaux n'hésitent pas par ailleurs à se fonder sur des Déclarations publiques ou des Recommandations «non normatives» pour trancher la question dont ils sont saisis. L'affaire *Vishaka and others v. State of Rajasthan and others*,⁹⁶ décidée le 13 août 1997 par la Cour suprême de l'Inde est un bon exemple de cette approche. Cette affaire portait sur la formulation de principes généraux pour la mise en œuvre des garanties constitutionnelles d'égalité des genres, plus spécifiquement, en matière de harcèlement sexuel. Dans ce cadre, la Cour s'est fondée sur la *Recommandation générale du Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes* pour combler le vide juridique en la matière en droit interne, tout en s'appuyant sur le fait que, à la quatrième conférence mondiale sur les femmes à Beijing, le gouvernement de l'Inde avait pris l'engagement officiel de formuler et d'opérationnaliser une politique nationale pour la promotion des droits de la femme.⁹⁷

En matière de travail, en plus des cas de discrimination fondée sur une caractéristique personnelle, il faut aussi compter les instances de discrimination basée sur un statut de travail ou sur l'appartenance à un groupe professionnel traditionnellement désavantagé ou vulnérable.⁹⁸ Une question de ce type s'est posée dans l'affaire *Dunmore* précitée, où la majorité a jugé qu'elle n'avait pas besoin, pour trancher le litige, de déterminer si les travailleurs agricoles privés des protections assurées par la loi-cadre régissant l'exercice des droits d'association et de négociation collective faisaient l'objet de discrimination fondée sur un motif «analogue». Dans son opinion concurrente, le juge Claire L'Heureux-Dubé s'est toutefois prononcée en ce sens en opinant qu'il ne faisait aucun doute que les travailleurs agricoles souffrent généralement d'un désavantage comme groupe de

⁹⁶ 3 L.R.C. 361 (13 août 1997).

⁹⁷ Arrêt n° 231 (5 septembre 2003). Voir également *Dugain et autres c. Compagnie Air Madagascar* décidée le 5 septembre 2003 (contestation de la constitutionnalité d'un règlement intérieur fixant le statut général du personnel du Parlement), où la Cour suprême de Madagascar a fait référence à la *Déclaration universelle des droits de l'homme* pour souligner la gravité de la violation du principe d'égalité consacré par le préambule de la Constitution nationale ainsi que par son article 27 (2). La Cour suprême des Philippines a fait de même dans une affaire décidée le 1^{er} juin 2000, soulevant des allégations de discrimination entre employés locaux et étrangers: voir *International School alliance of Educators v. Hon Leonardo A. Quisumbing and Others*, 1^{er} juin 2000, n° 128845.

⁹⁸ Le droit de groupes professionnels ou territoriaux au traitement comparable a été affirmé dans son principe par l'OIT à plusieurs occasions. Cela est particulièrement évident en matière de liberté syndicale: dès 1921 dans le cadre de la Convention (n° 11) sur le droit d'association (agriculture), puis en 1947 à travers la Convention (n° 84) sur le droit d'association (territoires non métropolitains), puis de nouveau en 1975, dans la Convention (n° 141) sur les organisations de travailleurs, ruraux, et en 1978 dans la Convention (n° 151) sur les relations de travail dans la fonction publique. Considérées comme un tout, ces conventions livrent un message puissant à la communauté internationale en matière de droit au traitement comparable. Le principe d'universalité d'accès («sans distinction d'aucune sorte») affirmé à l'article 2 de la convention n° 87 trouve ici un contenu concret qui apporte des réponses claires aux problèmes actuels. Ces réponses, développées dans le cadre d'un processus de délibération optimal, restent pourtant largement ignorées alors qu'elles constituent pourtant l'une des grandes valeurs ajoutées du droit international.

tous les temps défavorisé par la société et qu'en conséquence, la distinction avait pour effet de les dévaloriser et de les marginaliser: «Ainsi, la question cruciale en l'espèce est de savoir si le gouvernement peut légitimement s'attendre à ce que les travailleurs agricoles changent leur statut professionnel afin de bénéficier de l'égalité de traitement garantie par la loi».⁹⁹

iii) La prohibition du travail forcé

L'interdiction du travail forcé a fait l'objet d'une reconnaissance judiciaire non seulement en tant que règle coutumière au dessus des conventions de l'OIT, mais également en tant que règle de *jus cogens* ayant préséance sur l'entière du droit international régulier. En 2002, dans l'affaire *Doe v. Unocal*,¹⁰⁰ la Cour fédérale d'appel du 9^e Circuit aux Etats-Unis a jugé que le travail forcé équivalait à une forme moderne d'esclavage et qu'à ce titre, il constituait un crime du droit international.¹⁰¹ Or, même si la Cour était en mesure de juger l'affaire à l'aide de dispositions du droit interne, elle a conclu que vu la gravité du délit – un crime de droit international – et la nature de la règle – une règle de *jus cogens* – c'était la règle du droit international qui devait être appliquée.¹⁰² Rappelons que la Commission d'enquête de l'OIT sur le travail forcé au Myanmar¹⁰³ a tiré des conclusions de même nature dans son rapport rendu en 1998 sur la situation.¹⁰⁴

⁹⁹ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, précité note 89, motifs distincts de C. L'Heureux-Dubé, J., paragr. 168, répondant par la négative après avoir commenté: «...je crois que l'on peut dire des travailleurs agricoles ce que le juge Wilson dit des non-citoyens dans *Andrews c. Law Society of British Columbia* [1989] 1 R.C.S. 143, p. 152, savoir qu'ils «constituent un groupe dépourvu de pouvoir politique et sont, à ce titre, susceptibles de voir leurs intérêts négligés et leur droit d'être considérés et respectés également violé. Ils font partie de [traduction] «ces groupes de la société dont les besoins et les aspirations ne suscitent apparemment pas l'intérêt des représentants élus».

¹⁰⁰ *Doe I v. Unocal Corp.*, 2002 U.S. App. (9th Cir. 2002) Lexis 19263 (recours collectif intenté par des villageois de la région de Tenasserim au Myanmar en vertu de l'*Alien Tort Claims Act*). La Cour a jugé que la société Unocal s'était rendue complice des actions des forces militaires du Myanmar imposant le travail forcé aux villageois alors qu'ils étaient là pour assurer les services de sécurité d'un gazoduc qu'Unocal construisait dans la région.

¹⁰¹ Mais comme c'est souvent le cas, l'analyse de la Cour est plutôt déclarative: «forced labor is so widely condemned that it has achieved the status of a jus cogens violation. See, e.g., Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217(A)III (1948) (banning forced labor); Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal, Aug. 8, 1945, art. 6, 82 U.N.T.S. 280 (making forced labor a war crime). Accordingly, all torts alleged in the present case are jus cogens violations and, thereby, violations of the law of nations».

¹⁰² Voir également E. de Wet, «The Prohibition of Torture as an International Norm of *jus cogens* and Its Implications for National and Customary Law», *European Journal of International Law*, vol. 15, 2004, pp. 113-114.

¹⁰³ Voir Rapport de la commission d'enquête instituée en vertu de l'article 26 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail pour examiner le respect par le Myanmar de la Convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930; *Bulletin officiel*, vol. 81, 1998, Série B, supplément spécial.

¹⁰⁴ *Ibid.*, paragr. 593-594 (travail forcé constituant un crime de droit international): «La commission conclut qu'il existe aujourd'hui en droit international une norme qui interdit de manière impérative tout recours au travail forcé, le droit de ne pas être astreint à accomplir un

A ce propos, si l'interdiction des pires formes de travail forcé reconnues comme équivalentes à une forme moderne d'esclavage¹⁰⁵ a été affirmée comme règle de *jus cogens*, il convient de se demander ce qu'il en est au juste des autres formes de travail forcé¹⁰⁶ moins susceptibles de mobiliser l'opinion publique, comme le travail forcé implicite ou inféré d'une situation de fait, comme le temps supplémentaire largement excessif dans les zones franches d'exportation (ZFE)?¹⁰⁷ De nombreuses ZFE sont éloignées des centres urbains et le personnel est parfois logé sur place. Dans certaines zones, l'administration oblige quiconque souhaite accéder physiquement à la zone à se munir d'une autorisation préalable.¹⁰⁸ Il est possible que le niveau d'intensité de la protection reconnue par le droit international soit appelé à varier en fonction du niveau de gravité de l'exploitation. On doit toutefois pouvoir penser que ces pratiques seront au moins reconnues comme des violations d'une règle internationale coutumière dotée d'effets *erga omnes*.

travail ou service comptant parmi les droits fondamentaux de la personne humaine. L'Etat qui commandite, incite, accepte ou tolère le travail forcé sur son territoire commet un fait illicite et voit sa responsabilité internationale engagée; en outre, ce fait illicite résulte d'une violation d'une obligation internationale si essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale qu'il pourrait être qualifié, s'il est commis à grande échelle, de crime international aux termes de l'article 19 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats. La Cour internationale de Justice a qualifié l'obligation de protéger la personne humaine contre la pratique de l'esclavage d'obligation *erga omnes* jugeant que, vu l'importance de ce droit, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce qu'il soit protégé». Voir également *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt CIJ, Rec. 1970, p. 33 et position de la Commission des droits de l'homme: résolution 1991/58, préambule 8 (6 mars 1991); résolution 1994/25, préambule 13 (4 mars 1994).

¹⁰⁵ Voir *Rapport sur le travail forcé au Myanmar*, précité note 103, paragr. 198: «En droit international, la genèse de l'interdiction de recourir au travail forcé s'inscrit dans le contexte des efforts de la communauté internationale aux fins d'éradiquer l'esclavage ainsi que les institutions et pratiques analogues, étant entendu que le travail forcé a été classé parmi ces pratiques (note 188). Nombre de conventions et traités internationaux proscrirent le recours à l'esclavage en temps de paix comme en période de conflits armés. Bien que certains instruments, surtout ceux qui ont été adoptés au début du XIX^e siècle, définissent l'esclavage de manière restrictive, l'interdiction doit aujourd'hui être comprise comme couvrant l'ensemble des manifestations contemporaines de cette pratique.»

¹⁰⁶ L'article 2 de la Convention n° 29 sur le travail forcé (1930) prévoit cinq cas d'exceptions rigoureusement définis à l'interdiction générale du recours au travail forcé ou obligatoire qu'impose la convention: a) le service militaire obligatoire; b) les obligations civiques normales des citoyens; c) le travail exigé en conséquence d'une condamnation prononcée par décision judiciaire; d) les cas de force majeure dans lesquels la population est en danger; et e) les menus travaux de village.

¹⁰⁷ La Commission d'enquête sur le travail forcé au Myanmar affirme à ce sujet que: «Aucune rémunération perçue par les personnes accomplissant le travail ou les services en question ne peut être prise en considération pour trancher la question de savoir si le travail ou les services ont été accomplis par les intéressés de leur plein gré. Il appert que la convention prévoit que paiement et contrainte peuvent survenir simultanément», voir *Rapport sur le travail forcé au Myanmar*, précité note 103, Partie IV (Conclusions de Droit). Elle précise que «selon l'article 2 2) de la convention, qu'un travailleur forcé soit rémunéré ne fait aucune différence quant à déterminer si la pratique relève ou non de l'une des exceptions prévues»; voir note 1190 et également la discussion relative à la relation entre paiement et coercition, sous les notes 1159 et 1160.

¹⁰⁸ Comme le souligne le Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT, *S'organiser pour une justice sociale*, précité note 21, pp. 41-42, paragr. 142, 143.

Soulignons par ailleurs que la Cour européenne des droits de l'homme a également fait référence à la Convention n° 29 de l'OIT du 28 juin 1930, ainsi qu'à la pratique pertinente de l'Organisation pour établir le sens de l'expression «travail forcé» utilisé à l'article 4 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentale* du 4 novembre 1950,¹⁰⁹ et élargir de ce fait la portée des dispositions de la Convention de 1950.¹¹⁰

iv) L'interdiction du travail des enfants

Adoptée il y a à peine cinq ans en 1999, la Convention n° 182 sur les pires formes de travail des enfants a déjà obtenu 150 ratifications (sur un total de 177 Etats Membres, soit 85%), ce qui témoigne non seulement du pouvoir mobilisateur de ce problème dans l'opinion publique internationale et nationale, mais aussi de l'universalité du consensus en la matière. S'il est encore trop tôt pour identifier des consécutions jurisprudentielles de l'interdiction comme principe fondamental au travail, il convient néanmoins de relever l'avis consultatif n° 17, *Condition juridique et droits de l'enfant*, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, où celle-ci a invoqué une *opinio juris communis* à l'appui des principes consacrés par la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant et les développements contemporains en cette matière.¹¹¹

2. La signification de ces développements

2.1 Nature et portée de l'objet de la reconnaissance

Ce qui est significatif de ces développements, c'est d'abord le fait que l'on s'accorde aujourd'hui ouvertement sur le caractère fondamental de ces principes en tant que concepts reconnus sur le plan international comme participant du corps des droits de la personne. Même si Nicolas Valticos n'a jamais cessé de l'affirmer en soulignant que, dans ce cadre, c'est même le spécifique qui avait précédé le général,¹¹² et même si ce statut avait été consacré dès l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948, l'existence de «la fausse dichotomie qui a scindé les deux Pactes [...] a eu pour résultat de fournir des

¹⁰⁹ Version consolidée après l'entrée en vigueur du Protocole no 11.

¹¹⁰ Voir *Van der Musselle c. Belgique*, Arrêt du 23 novembre 1983, CEDH, série A, n° 70, § 32; et Caflisch et Caçado Trindade, précité note 95, p. 14 et J. G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, pp. 218-226.

¹¹¹ Voir Caflisch et Caçado Trindade, précité note 95, p. 58.

¹¹² Voir notamment Nicolas Valticos, «Droits de l'homme et droits du travail sur le plan international – Questions anciennes et problèmes nouveaux», dans *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle – Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, 2001, p. 475.

excuses aux Etats désireux de ne pas faire d'efforts dans le domaine économique et social.»¹¹³ Cette fausse dichotomie est aujourd'hui largement répudiée, car à sa place, la reconnaissance d'un noyau dur de droits humains relatifs au travail est affirmée comme une évidence et l'obligation concomitante de respecter, promouvoir et réaliser ces droits est présentée comme une absolue nécessité.

Ce noyau dur de droits fondamentaux au travail ne garantit pas des contenus particuliers, mais il assure la mise en place d'un cadre processuel permettant d'accéder à ces contenus.¹¹⁴ La liberté syndicale assure l'égalité verticale entre le travailleur et l'employeur, et vis-à-vis l'Etat par la rectification du rapport de force entre les parties et la protection contre l'ingérence. La non-discrimination assure l'égalité horizontale entre les travailleurs en éliminant les obstacles empêchant à tous d'exercer de façon effective leurs droits, y compris au premier chef les droits d'action collective. Voilà le cadre permettant la poursuite libre et réelle du travail décent. L'interdiction du travail forcé et l'affirmation de la nécessité d'éradiquer les pires formes de travail des enfants sont l'autre face, la face négative de ce cadre autrement positif et habilitant: la reconnaissance que les formes de travail imposées ne recèlent aucun potentiel, même en les dotant d'un cadre processuel efficace. L'indécence ne peut se transformer en décence. Il faut donc éliminer ces pratiques asociales. C'est notre devoir à tous.

Comme l'a fait valoir Brian Langille,¹¹⁵ pour ce noyau dur de droits fondamentaux au travail, il en résulte un déplacement de la conception de «norme du travail» vers la conception de «droits humains» qui est assez salutaire, car il élimine certains des aspects les plus improductifs du débat autour de l'impact des normes internationales du travail en matière de commerce. Les droits humains ne sont pas «optionnels». Leur pertinence comme leur opportunité ne peut jamais être fonction de considérations utilitaires, comme la santé économique d'une entreprise ou une politique de l'emploi. Ces considérations ne sont tout simplement pas pertinentes dans ce cas.

Tel est le principe qu'a validé implicitement la Cour Internationale de Justice dans son *Avis consultatif du 9 juillet 2004 sur les Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, en opinant que les droits internationaux de la personne sont dotés d'effets *erga omnes* et, partant, s'appliquent sur une base continue dans l'espace-temps. Dans son Avis du 9 juillet 2004, la CIJ a conclu que «si la compétence des Etats est avant tout territoriale, elle peut parfois s'exercer hors du territoire national», notamment lorsque cela est conforme à l'objet et au but des droits en cause. En l'occurrence, il s'agissait

¹¹³ N. Valticos cité par E. Decaux, «Hommage: Nicolas Valticos», *Droits fondamentaux*, no 3, janvier – décembre 2003, p. 2. Voir <http://www.droits-fondamentaux.org>.

¹¹⁴ Voir dans le même sens, B. Langille, «The ILO and the New Economy: Recent Developments», *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 15, 1999, pp. 241-242.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 243.

du droit international humanitaire et des droits de la personne (y compris le droit au travail).¹¹⁶ Or, la Cour a jugé que les règles de ces deux domaines du droit international s'appliquent dans les territoires palestiniens occupés¹¹⁷ parce qu'il est conforme à l'objet et au but des instruments internationaux en matière de droits fondamentaux que les Etats parties soient tenus d'en respecter les dispositions même en dehors de leur territoire.¹¹⁸ Même si la question a été tranchée en fonction des conventions internationales concernant les droits de la personne auxquelles Israël est partie, les conclusions de la Cour n'en sont pas moins pertinentes pour l'application des principes fondamentaux au travail, car elles établissent sans équivoque que les droits et principes fondamentaux de la personne continuent de s'appliquer même en période de conflit et même dans le cas où un Etat exerce sa compétence en territoire étranger.

2.2 Nature universelle de la reconnaissance coutumière

Le second aspect significatif de ces développements réside dans le fait que cette reconnaissance est indépendante de toute ratification ou obligation conventionnelle et qu'elle n'est pas limitée au seul cadre de l'OIT, où elle est alors rattachable aux obligations constitutionnelles de l'Organisation (qui découlent de l'adhésion volontaire des Etats membres à sa Constitution et des devoirs que celle-ci leur impose).¹¹⁹ En effet, l'Organisation internationale du Travail n'est pas seulement une organisation interétatique, mais également un ordre institutionnel à fondement constitutionnel. Ce double caractère, qui est depuis longtemps souligné par les experts,¹²⁰ permet de rattacher les règles coutumières du droit

¹¹⁶ *Avis consultatif du 9 juillet 2004*, CIJ, paragr. 134, 136.

¹¹⁷ De même que la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, eu égard à son article 2 qui stipule que «les Etats parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la [...] convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction»; *ibid.*, paragr. 113.

¹¹⁸ *Ibid.*, paragr. 109. La CIJ s'est fondée sur la pratique constante du Comité des droits de l'homme selon laquelle le Pacte international relatif aux droits civils et politiques est applicable dans le cas où un Etat exerce sa compétence en territoire étranger et «aux actes d'un Etat agissant dans l'exercice de sa compétence en dehors de son propre territoire» (paragr. 111; voir également paragr. 110). S'agissant du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la Cour s'est également fondée sur l'avis déjà exprimé par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels selon lequel «les obligations de l'Etat partie en vertu du pacte s'appliquent à l'ensemble des territoires et des populations qui sont effectivement sous son contrôle» (E/C.12/1/Add.90, par. 15 et 31) (*ibid.*, paragr. 112 et 114).

¹¹⁹ Ce qui est le cas du point de vue de la Déclaration de l'OIT et de son suivi de 1998, qui «rappelle» qu'en adhérant librement à l'OIT, l'ensemble de ses Membres ont accepté les principes et droits énoncés dans sa Constitution et se sont engagés à travailler ensemble pour les réaliser dans toute la mesure de leurs moyens. Il y a ici non seulement reconnaissance et acceptation formelles des principes et droits énoncés dans la Constitution de l'OIT, mais aussi reconnaissance et acceptation formelles d'une obligation de coopération et d'un devoir de solidarité.

¹²⁰ Voir notamment E. Osieke, *Constitutional law and Practice in the International Labour Organisation*, Martinus Nijhoff (Kluwer Academic Publishers), Dordrecht, 1985, p. 237.

international du travail à deux ordres juridiques distincts: l'ordre constitutionnel de l'OIT et, d'autre part, l'ordre juridique international spécialisé du droit international qu'est le droit international du travail comme *lex specialis*.¹²¹

Pour qu'une coutume d'origine constitutionnelle puisse devenir coutume internationale, une pratique constante de reconnaissance ne doit pas être exclusivement rattachable au fonctionnement institutionnel de l'Organisation. Pour être reconnue comme telle, la règle coutumière doit jouir d'un statut autonome, en ce sens que la reconnaissance doit être externe au fonctionnement à l'OIT. Or en l'occurrence la reconnaissance est universelle au sens large du terme, car elle émane d'initiatives propres aux Etats, tant du point de vue de l'ordre interne, que de celui d'institutions, organisations et forums régionaux et internationaux auxquels ils adhèrent ou participent de leur propre chef et qui ne sont aucunement rattachés à l'Organisation internationale du Travail.

Il est désormais permis de soutenir que la reconnaissance des principes fondamentaux au travail énoncés et du devoir concomitant de les respecter, les promouvoir et les réaliser de bonne foi est le fait d'une pratique générale en ce sens au sein de la communauté internationale des Etats, qui s'est manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu. Cette reconnaissance est le fait de toute une série d'instruments généraux et spécifiques sur la question, qui constituent tous des instances confirmant l'*opinio juris* des intéressés nécessaire à la formation d'une règle coutumière au dessus et en marge des conventions. Cette *opinio juris* reconnaît l'existence d'un «noyau dur» de droits et principes fondamentaux au travail, tant du point de vue du droit international, que du point de vue de l'ordre constitutionnel de l'OIT, et la nécessité de les respecter, les promouvoir et les réaliser de bonne foi.

Pour les raisons que j'ai énoncées, le caractère contraignant de cette reconnaissance s'infère du fondement de l'ordre juridique international et spécifiquement du droit international du travail comme *lex specialis* de cet ordre, qui s'enracine dans les impératifs de l'association dont la condition première est la coexistence pacifique. La viabilité de l'association dépend non seulement du respect des accords de réciprocité, mais aussi des exigences de la solidarité et de la coopération, qui se concrétisent notamment dans l'obligation de respecter le principe de la bonne foi.

Le sentiment d'obligation fondé sur la bonne foi s'infère en outre de la logique de mise en œuvre du droit international du travail et du droit international des droits de la personne (*lex specialis* et *lex generalis*), qui repose sur le

¹²¹ Comme le soulignait N. Valticos, le droit international du travail désigne un ordre juridique particulier du droit international, «ce terme étant pris dans le sens d'ensemble de normes coordonnées portant sur un domaine spécifique du droit et ayant un développement propre mais non nécessairement indépendant de l'ordre juridique général ou d'autres ordres juridiques particuliers de cette discipline.»; voir Nicolas Valticos, «Pluralité des ordres juridiques internationaux et unité du droit international» dans *Mélanges Skubiszewski*, 1996, p. 301.

principe de subsidiarité, en vertu duquel l'organe central est tenu de limiter son intervention aux seules actions qu'il est mieux placé pour accomplir. Dans ce cadre, il va de soi que l'échelon national ait la responsabilité d'assurer la mise en œuvre des droits fondamentaux d'autant plus qu'il est seul à disposer du pouvoir d'ordonner l'exécution forcée.

Le consensus sur la nature de l'obligation concomitante de «respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi» ces droits et obligations se dégage des déclarations solennelles adoptées par les Etats sur la question,¹²² ainsi que de l'économie du système de mise en œuvre des droits fondamentaux.

2.3 Détermination de l'objet de la reconnaissance

Un troisième aspect significatif est que tous ces actes de reconnaissance ont en commun le fait de se référer, sur le plan du contenu, aux principes et droits fondamentaux au travail tels que définis par l'OIT. Si l'on pouvait avoir encore quelque doute à ce sujet, ils ont été dissipés par la Déclaration de Copenhague de mars 1995, qui a cristallisé le consensus forgé au sujet de la reconnaissance d'une obligation internationale en matière de droits fondamentaux, et par la Déclaration ministérielle de Singapour émise en 1996 dans le cadre de l'OMC, qui reconnaît expressément que l'OIT est l'organe compétent pour établir et traiter les normes fondamentales du travail.

La question était déjà tranchée dans son principe puisque l'on admettait déjà que dans le cas où deux groupes de règles correspondantes coexistent, c'est l'application du groupe de règles particulières qui doit être préférée, à moins qu'elles ne soient moins favorables (la *lex specialis* a préséance sur la *lex generalis*).¹²³

¹²² L'obligation des Etats de promouvoir et protéger les droits humains et les libertés fondamentales est expressément affirmée tant au Préambule qu'à l'Article 2 de la Déclaration des Nations Unies sur les défenseurs des droits de l'homme de 1998: voir *Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus*, ONU, Résolution de l'Assemblée générale 53/144 (85e séance plénière, 9 décembre 1998): http://www1.umn.edu/humanrts/instree/french/FRes_53_144.html. Pour mieux saisir la nature et la portée du devoir des Etats «de respecter et réaliser», on peut se référer aux *Directives de Maastricht* adoptées en 1997 par un groupe d'experts à l'occasion du 10^e anniversaire des *Principes de Limburg* sur la mise en œuvre du Pacte International des droits économiques, sociaux et culturels, pour préciser le contenu des *Principes de Limburg* afin qu'ils reflètent l'évolution du droit international depuis 1986: voir généralement *Maastricht Guidelines* et spécifiquement article 6 «*Obligations de respecter, protéger et réaliser*» (Bibliothèque électronique de l'Université du Minnesota): http://www1.umn.edu/humanrts/instree/Maastrichtguidelines_.html.

¹²³ Comme Nicolas Valticos soulignait notamment en matière de droit d'association et de liberté syndicale, «en cas de conflit, ce serait la norme de l'institution spécialisée qui, plus avancée, devrait avoir le pas (ce qui donnerait, en même temps, satisfaction aussi à la norme la plus générale). C'est ainsi que les organes de contrôle des Pactes ont pour pratique de s'en remettre aux interprétations de l'OIT sur la question»; voir Valticos, précité note 121, p. 309. Voir aussi Valticos, précité note 112, pp. 478-479.

La Cour Internationale de Justice vient de le stipuler de nouveau dans son *Avis consultatif du 9 juillet 2004 sur les Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*.¹²⁴ S'agissant des rapports entre la *lex specialis* applicable (dans ce cas, le droit international humanitaire) et la *lex generalis* (les droits de la personne humaine), la Cour a relevé trois situations qui peuvent dès lors se présenter: certains droits peuvent relever exclusivement de la *lex specialis*; d'autres peuvent relever exclusivement de la *lex generalis*; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international. La CIJ a conclu que lorsque la troisième hypothèse est en jeu et que deux groupes de règles portant sur une même question s'appliquent, ce sont aux règles et principes de la *lex specialis* applicable qu'il faut se référer.

Dans le cas des principes fondamentaux au travail, le bien-fondé de ce principe est en outre désormais ouvertement consacré par la communauté internationale des Etats. En effet, le consensus universel qui s'infère de la pratique externe des Etats (du point de vue de l'OIT), renvoie expressément, sur le plan du contenu des principes et droits au travail, au contenu *tel qu'il a été défini et précisé par l'OIT*, c'est-à-dire aux normes et principes élaborés au sein de l'OIT. Cela est particulièrement clair des déclarations publiques qui affirment leur obligation de respecter et promouvoir les principes et droits fondamentaux au travail en renvoyant expressément à la Déclaration de l'OIT de 1998, où il est «rappelé» à son Article 1(b) que «ces principes et droits ont été exprimés et développés sous forme de droits et d'obligations spécifiques dans les conventions reconnues comme fondamentales, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'Organisation».

A cette enseigne, il est donc permis de soutenir que la reconnaissance coutumière de principes fondamentaux au travail «incorpore par renvoi» les droits et obligations définis par l'OIT dans les conventions fondamentales et, dans le cas de la liberté syndicale, également le corpus de principes dégagés par les organes de contrôle de l'OIT, qui font eux même l'objet d'une reconnaissance fondée sur une coutume (pratique) constitutionnelle. Ceci est essentiel pour assurer l'effectivité de ces droits, car le grand danger qui menace la formulation de toute norme générale est toujours celui de l'indétermination.¹²⁵

¹²⁴ La Cour s'est appuyée sur l'interprétation qu'elle avait retenue dans son *Avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, où elle avait été amenée à aborder la question des rapports entre *lex generalis* et *lex specialis* (en l'occurrence le droit humanitaire), en ce qui concerne le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Elle a conclu que si la protection offerte par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques en matière de respect du droit à la vie ne cesse pas en temps de guerre, c'est toutefois, en pareil cas, à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie (p. 240, paragr. 25.): voir paragr. 105 de l'*Avis du 9 juillet 2004*, précité note 116.

¹²⁵ Voir Valticos, précité note 58, pp. 389-390. Voir également P. Alston, «Core Labour Standards and the Transformation of the International Labour Rights Regime», *European Journal of International Law*, vol. 15, 2004, pp. 517-521, où l'auteur soutient que la Déclaration de l'OIT

3. *La spécificité de la reconnaissance de la liberté syndicale*

En renvoyant aux principes développés par l'OIT, la communauté internationale des Etats «incorpore par renvoi» le principe de la liberté syndicale tel qu'il y est défini, ce qui implique non seulement les normes établies dans les conventions fondamentales qui traitent de la question, mais également l'ensemble des principes qui font l'objet d'un consensus tripartite au sein de l'Organisation. Le point essentiel à retenir est que, sous réserves de quelques questions relatives au droit de grève qui font encore l'objet d'un certain débat au sein des délégations représentatives de l'OIT, les principes constitutifs d'une «common law» internationale en matière de liberté syndicale sont reconnus par celles-ci comme faisant *autorité* quant au contenu du principe de la liberté syndicale. En effet, les désaccords entre les Etats Membres de l'OIT concernant le principe de la liberté syndicale n'ont pas autant trait à la validité juridique de la norme, qu'à la question de savoir si certaines actions spécifiques d'un Etat contreviennent à la norme. Cette «common law» en matière de liberté syndicale a été élaborée par les organes de contrôle de l'OIT, dont le Comité de la liberté syndicale depuis cinquante-cinq ans, à partir des principes, droits et obligations énoncés dans les conventions sur la question.¹²⁶

Ceci a une incidence directe sur l'étendue de la reconnaissance du contenu du principe international de la liberté syndicale. Dans les milieux spécialisés, on ne peut plus en effet, parler du contenu du principe de la liberté syndicale sans

de 1998 doit être interprétée et appliquée conformément à la jurisprudence de l'OIT pour éviter que la promotion de principes dépourvus de tout contenu définissable ne conduise à frustrer les efforts de promotion des droits au travail de l'OIT et de la société civile, au moins pour autant que ceux-ci se fondent sur la Déclaration de 1998. Comme le fait valoir Philip Alston, «unless the jurisprudential *acquis* relating to permissible and impermissible restrictions is somehow imported into the standards applied under the rubric of the «principle», the latter will have no content and will signal no limitations upon governmental actions»; *ibid.*, p. 520. L'indétermination du droit recèle en outre le grand danger de faire basculer un ordre juridique fondé sur le principe de légalité (*rule of law*), comme ce fut le cas en Allemagne dans les années 1930. C'est en effet le procès livré à l'indétermination du droit des sociétés libérales qui permit à Carl Schmitt de discréditer le principe de légalité et d'invoquer la nécessité de «restaurer la détermination juridique», ce qu'il s'employa à faire au moyen de l'homogénéité ethnique. Voir W.E. Scheuerman, *Carl Schmitt: The End of Law*, Rowman & Littlefield, Lanham, Boulder, New York, Oxford, 1999, p. 138. C'est également grâce à une critique de l'indétermination juridique du droit international libéral de l'époque que Schmitt parvint à défendre l'impérialisme du National-socialisme de la fin des années 1930 et 1940 (*ibid.*, pp. 142-143 et chap. 6 «*Indeterminacy and International Law*»).

¹²⁶ Ces principes sont réunis dans un recueil: *La liberté syndicale, recueil de décision et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT*, 4^e éd., BIT, Genève, 1996. Sur la genèse du développement du principe international de la liberté syndicale, voir notamment Nicolas Valticos, «Normes internationales du travail et droits de l'homme. Où en est-on à l'approche de l'an 2000?», *Revue internationale du travail*, vol. 137, 1998, p. 151; Nicolas Valticos et G. von Potobsky, *International Labour Law*, 2^e éd., Kluwer, Deventer/Boston, 1995; L. Betten, *International Labour Law – Selected Issues*, Kluwer, Deventer/Boston 1993; Lee Swepston, «Droits de l'homme et liberté syndicale: évolution sous le contrôle de l'OIT», *Revue internationale du travail*, vol. 137, 1998, p. 187; H. Dunning, «Les origines de la Convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical», *Revue internationale du travail*, vol. 137, 1998, p. 165.

se référer à la «doctrine» ou pour certains la «jurisprudence» du Comité de la liberté syndicale, ni non plus faire abstraction des opinions de la Commission d'experts, qui analyse surtout les législations nationales et vérifie la pratique des Etats pour en déterminer la conformité avec les principes et obligations en matière de liberté syndicale.

3.1 Double fondement coutumier

Le contenu du principe international de la liberté syndicale est rattachable à une pratique de reconnaissance coutumière de nature constitutionnelle. En conséquence, le principe de la liberté syndicale bénéficie d'une double reconnaissance coutumière fondée sur une pratique constante et générale: une reconnaissance sur le plan constitutionnel (l'ordre juridique institutionnel de l'OIT) ayant donné naissance à un corpus de principes développés par les organes de contrôle de l'OIT (une «common law» internationale de la liberté syndicale),¹²⁷ et une reconnaissance sur le plan international confirmée par les développements mentionnés en début d'analyse (le droit international du travail étant ici la *lex specialis* du droit international) qui, en référant à l'OIT, renvoie à ce même contenu.¹²⁸

Pour définir l'objet du consensus autour de la signification du principe de la liberté syndicale, il est donc nécessaire d'examiner ce que les membres de l'OIT, eu égard à leur représentation tripartite et au mode de fonctionnement de l'Organisation, ont déterminé et convenu à son sujet. Or à ce chapitre, il importe aussi de tenir compte du fait que l'OIT n'est pas que chargée d'adopter des normes internationales du travail. Elle a également la responsabilité de veiller à leur mise en œuvre au niveau national. Cette responsabilité s'est concrétisée par la mise en place de divers mécanismes de contrôle qui ont été raffinés avec le temps.¹²⁹

Un point à souligner à cet égard est le fait que le système de contrôle de l'OIT repose sur la reconnaissance de l'interdépendance et la complémentarité de ses divers organes. Chacun a une fonction spécifique qui donne une valeur

¹²⁷ La reconnaissance par les Etats membres de la légitimité de l'action menée par les organes de contrôle de l'OIT et leur participation active aux processus institués par ces organes est attestée par une pratique constante et générale à cet effet.

¹²⁸ Les Conventions nos 87 et 98 portent sur des principes qui sont expressément affirmés dans les deux textes fondateurs de l'OIT, qui exigent comme condition d'adhésion volontaire, l'acceptation formelle par ses Membres des obligations de sa Constitution. L'engagement à l'égard du principe de la liberté syndicale (liberté d'association et reconnaissance effective du droit de négociation collective) est explicite dans la Constitution de l'OIT. La Déclaration de l'OIT et de son suivi de 1998 le réaffirme, tout en rappelant que cet engagement renvoie aux principes et droits constitutionnels, qui ont été exprimés et développés sous forme de droits et d'obligations spécifiques dans les conventions reconnues comme fondamentales.

¹²⁹ Voir Nicolas Valticos, «The International Labour Organization – Its Contribution to the Rule of Law and the International Protection of Human rights», *Journal of the International Commission of Jurists*, vol. 9, 1968, p. 3.

ajoutée au processus, mais chacun tire aussi quelque chose de cette valeur ajoutée du fait qu'il tient compte de ce qui se fait et se dit ailleurs. L'efficacité du système de contrôle de l'OIT réside en effet dans le dialogue établi entre ses différents organes de contrôle. C'est en outre «...un système où s'équilibrent, d'une part, l'action des organes techniques, dont les membres sont choisis en vertu de leur indépendance et de leur expertise et, d'autre part, l'action des organes représentatifs qui regroupent les délégués des gouvernements, des travailleurs et des employeurs.»¹³⁰ Ceci donne aux principes qui se sont dégagés de ce système une légitimité particulière. C'est aussi ce qui leur assure une autorité indéniable.

Certes, au sein de l'OIT, la nature de la pratique de reconnaissance s'inscrit dans son cadre constitutionnel. Ce cadre prévoit expressément que les interprétations des conventions ne font autorité en vertu de la constitution de l'OIT, que si elles sont données par la Cour internationale de Justice (et par les tribunaux constitués en vertu du paragraphe 37 (2) en son lieu et place, le cas échéant). Dans ce cadre, les décisions du Comité de la liberté syndicale et de la Commission d'experts n'ont pas de force exécutoire, mais cela n'empêche pas qu'elles soient considérées dans la pratique par la communauté internationale comme constituant «[traduction] la pierre angulaire du droit international en matière de liberté syndicale et de négociation collective».¹³¹ Par ailleurs, comme l'a fait valoir E. Osieke, les conclusions tirées par les commissions d'enquête peuvent faire autorité lorsque le différend n'est pas soumis à cette cour compte tenu des modalités de la procédure d'appel prévue dans la constitution dans ce cas.¹³² Or, ces conclusions s'appuient toujours sur les principes dégagés par les organes de contrôle de l'OIT.

Au-delà des reconnaissances proprement gouvernementales, on observe également le développement d'une pratique externe de reconnaissance juridique de l'autorité des principes dégagés par le Comité de la liberté syndicale et la Commission d'experts. Cette pratique est surtout le fait des spécialistes du droit du travail (doctrine) et des tribunaux de droit interne. Si elle n'est pas encore suffisamment développée pour imposer une règle d'interprétation conforme, on trouve certains précédents qui permettent d'envisager une telle évolution dans l'avenir.¹³³ En d'autres termes, bien qu'on ne puisse affirmer l'existence d'une pratique de reconnaissance émergée, il existe une pratique émergente à cet effet. Cette perspective trouve renfort dans l'approche adoptée par la CIJ qui, dans son *Avis consultatif* du

¹³⁰ Voir E. Gravel, I. Duplessis, B. Gernigon, *Le Comité de la liberté syndicale: quel impact depuis sa création?*, BIT, Genève, 2001, p. 67.

³¹ Voir M. Forde, «The European Convention on Human Rights and Labor Law», *American Journal of Comparative Law*, vol. 31, 1983, p. 302, passage cité avec approbation par le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 355.

¹³² Voir Osieke, précité note 120, pp. 233-234. Voir aussi E. Osieke, «The Exercise of the Judicial Function with Respect to the International Labour Organization», *British Yearbook of International Law*, vol. 47, 1974-75, p. 315.

¹³³ Voir par ex. *National Union of Metal Workers of South Africa et al. v. Bader Bop (PTY) Ltd and Minister of Labour*, CCT 14/02 (Cour suprême de l'Afrique du Sud, 13 décembre 2002), paragr. 29-36.

9 juillet 2004,¹³⁴ a jugé opportun de s'en déférer à la pratique constante des organes de surveillance de la mise en œuvre des deux Pactes de 1966.¹³⁵

Les conventions fondamentales en matière de liberté syndicale ont été ratifiées par approximativement 85 % des Etats membres de l'OIT.¹³⁶ Ce niveau revêt une valeur particulière en raison du fait que les conventions de l'OIT ne peuvent être ratifiées avec des réserves et que les conventions n° 87 et n° 98 ne prévoient pas les possibilités de dérogations qu'autorisent certaines autres conventions. Il est vrai que certains des pays les plus peuplés (Inde et Chine) ou les plus influents (Etats-Unis) n'ont toujours pas ratifié ces deux instruments. Toutefois, comme le faisait remarquer Nicolas Valticos, «on doit se garder ici d'une vue trop formaliste et en quelque sorte principalement arithmétique de la question des obligations des Etats en la matière. En effet, il est certaines normes qui, indépendamment du nombre des ratifications dont elles ont fait l'objet, sont considérées comme ayant un caractère largement obligatoire du fait que leur substance figure dans des textes de caractère constitutionnel. C'est ce qui s'est produit, pour l'OIT, dans le domaine de la liberté syndicale et ce qui semble en voie de se faire en ce qui concerne le travail des enfants. Pour les Nations unies, c'est aussi ce qui est en train de se produire pour certains droits acceptés par les principaux organes de l'institution (Assemblée générale) – ainsi qu'on la dit plus haut – comme constituant des droits de l'homme».¹³⁷

Par ailleurs, comme l'a relevé Nicolas Valticos, «régulièrement, presque à chacune des conférences régionales de l'OIT, les principes relatifs à la liberté syndicale sont réaffirmés avec vigueur et de manière unanime».¹³⁸ Il est également significatif que les gouvernements des Etats qui n'ont pas ratifiés les conventions, loin d'en récuser les principes lorsqu'il leur est reproché de ne pas les observer, invoquent des difficultés plus ou moins passagères (état du développement économique, conjoncture politique, etc.), le simple retard dû à des difficultés de mise en conformité ou même contestent le fait d'être en défaut.¹³⁹ Par exemple, les Etats-Unis, qui n'a ratifié aucune convention en matière de liberté syndicale, a accepté une Commission d'investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale

¹³⁴ *Avis consultatif du 9 juillet 2004*, précité note 116.

¹³⁵ Voir *supra*, note 118. Ceci, d'autant plus que la création de ces organes fut directement inspirée des mécanismes de contrôle préexistants de l'OIT.

¹³⁶ En juillet 2004, le niveau des ratifications se chiffrait à 142 Etats pour la convention n° 87 et à 154 pour la convention n° 98. Les conventions n° 87 et n° 98 doivent être prises comme un tout. La convention n° 98 a été placée à l'agenda de la Conférence internationale du Travail la même année que l'adoption de la convention n° 87, dont elle est le complément obligé.

¹³⁷ Voir Valticos, précité note 112, p. 479.

¹³⁸ Voir Nicolas Valticos, «Droit comparé et droit international du travail», dans *Recueil des travaux suisses présentés au X^e Congrès international de droit comparé*, 1979, p. 167.

¹³⁹ *Ibid.* Voir également S.J. Adams Lien, «Comment: Employer Beware? Enforcing Transnational Labor Standards in the United States under the Alien Tort Claims Act», *J. Small & Emerging Bus. L.*, vol. 6, 2002, pp. 335-337.

établie pour examiner un plainte en violation de droits syndicaux impliquant l'un de ses territoires non métropolitains, Puerto Rico, en 1981.¹⁴⁰

3.2 Double compatibilité idéologique

La reconnaissance universelle du caractère fondamental du principe de la liberté syndicale est liée à l'importance primordiale que revêt pour l'individu l'interaction avec ses semblables¹⁴¹ et à la nécessité d'agir collectivement dans les circonstances où une personne risque d'être lésée par les actions de quelque entité plus importante et plus puissante.¹⁴² Mais dans un tout autre ordre d'idées, cette reconnaissance universelle tient également au fait que la liberté syndicale, comme principe obéissant à une double logique de subsidiarité, peut faire l'unanimité sur le plan idéologique.

Le principe de la liberté syndicale peut faire l'unanimité sur le plan idéologique parce ses normes constitutives ne garantissent pas un contenu donné, mais bien un processus permettant d'accéder à des contenus (tout comme le cadre habilitant du travail décent dont il est l'élément moteur essentiel). En cela, le principe de la liberté syndicale réalise le compromis idéologique entre les tenants du néo-libéralisme, qui accordent à la nature ou aux processus non planifiés le rôle principal dans la détermination des principes de justice et des droits, et les constructivistes, qui estiment pour leur part que ce rôle ressortit au savoir et au vouloir humains, qui est seul responsable de l'élaboration et de l'institution d'un ordre social juste.¹⁴³ Plus concrètement, cela signifie que le principe de la liberté syndicale rejoint aussi bien les conceptions minimalistes que les conceptions maximalistes de l'Etat, dont il permet d'offrir un point de jonction salutaire.

¹⁴⁰ Etats-Unis/Puerto Rico, CIT, 68^e session (1982), *P.R. n° 4*, p. 4.

¹⁴¹ Ce qu'Alexis de Tocqueville (1805-1859) avait affirmé il y a plus de cent ans dans des termes devenus célèbres: «Après la liberté d'agir seul, la plus naturelle à l'homme est celle de combiner ses efforts avec les efforts de ses semblables et d'agir en commun. Le droit d'association ... paraît donc presque aussi inaliénable de sa nature que la liberté individuelle. Le législateur ne saurait vouloir le détruire sans attaquer la société elle-même.» A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, t. 1, éd. M.-Th. Génin, Paris 1951, p. 305.

¹⁴² *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (Cour suprême du Canada), Dickson, C.J., (op. diss.), p. 365. Comme l'a affirmé ce juge en chef de la Cour suprême du Canada, si en tant qu'êtres sociaux, notre liberté d'agir collectivement est une condition première de la vie communautaire, du progrès humain et d'une société libre et démocratique, «[l]a liberté d'association est on ne peut plus essentielle dans les circonstances où l'individu risque d'être lésé par les actions de quelque entité plus importante et plus puissante comme le gouvernement ou un employeur. L'association a toujours été le moyen par lequel les minorités politiques, culturelles et raciales, les groupes religieux et les travailleurs ont tenté d'atteindre leurs buts et de réaliser leurs aspirations; elle a permis à ceux qui, par ailleurs, auraient été vulnérables et inefficaces de faire face, à armes plus égales, à la puissance et à la force de ceux avec qui leurs intérêts interagissent et, peut-être même, entraînent en conflit.» (pp. 365-366).

¹⁴³ Voir Lambert, précité note 29, p. 218.

IV. Conclusion

Au temps où l'idée d'un droit commun international de la personne au travail était évoquée par Nicolas Valticos,¹⁴⁴ on pouvait parler d'*émergence* d'un droit international coutumier du travail en ce domaine. Mais au vu des développements récents liés à la reconnaissance de principes fondamentaux au travail à l'échelle internationale, ce n'est plus seulement de *l'émergence* d'un droit international coutumier du travail dont il faut d'ores et déjà parler, mais bien de son *existence* comme principe *émergé*.

Comme l'a fait remarquer Nicolas Valticos dans l'un de ses derniers écrits, la notion de progrès semble souvent en régression ou du moins connaître des avancées en dents de scie. C'est actuellement le cas dans le domaine social, où nous semblons être de nouveau dans le creux de la vague.¹⁴⁵ Mais, d'ajouter l'éminent juriste, l'individu «éternel Sisyphe, parvient quand même, malgré chutes et rechutes, à porter progressivement plus haut le fardeau de son destin. Pour cela, cependant, il lui faut toujours reprendre ses efforts».¹⁴⁶

A cette fin, le droit international coutumier du travail apparaît comme un instrument d'humanisation de la mondialisation; un outil permettant de faire contrepoids au problème du déplacement de la production normative en dehors du champ sociétal formel, qui s'exprime aujourd'hui à travers le développement de la production de la norme par le bas en marge des régulations étatiques traditionnelles. Dans ce contexte, ce qu'il faut surtout éviter, c'est que le problème de l'incertitude du droit coutumier soit résolu au moyen d'une approche privilégiant l'indétermination normative. Ce danger peut être évité en ancrant fermement les principes fondamentaux dans les normes internationales du travail développées au sein du régime des conventions de l'OIT. C'est à nous qu'il appartient de ne pas manquer le rendez-vous d'une construction cohérente et persuasive du droit international en la matière.

¹⁴⁴ Voir Valticos, précité note 129, p. 21.

¹⁴⁵ Voir Valticos, précité note 112, p. 490.

¹⁴⁶ *Ibid.*

The Annual Review and the promotion of the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work: Developments and initial impact assessment

*Momar N'Diaye**

I. Introduction

In his essay on the occasion of the International Labour Organisation's 75th Anniversary, Nicolas Valticos mentioned: "As it currently exists, how can the ILO contribute further to economic development and social justice? Obviously, its role should be to draw wider attention to the links between these two important aspects and to underline the need for balanced economic and social development".¹

This universal mission defined at the ILO's very inception in 1919 and reaffirmed in the Declaration of Philadelphia, is yet more critical than ever within the current era of globalization. In this context, further to its designation by the 1995 United Nations World Summit for Social Development in Copenhagen as the responsible body for the implementation of the fundamental principles and rights at work (FPRW) and by the 1996 World Trade Organisation (WTO) Ministerial Meeting in Singapore as the competent body to set and deal with core labour standards that WTO's member States are committed to observe, the ILO developed and adopted in June 1998 the Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up, or "Declaration"; a landmark achievement that provides a benchmark for the synergy between globalization and balanced economic and social development. The Declaration is a promotional instrument to give a human face to globalization, uniting economic and social development. It is a mutual pledge between ILO and its 177 member States.

On the one hand, under the 1998 ILO Declaration all member States are committed by the very fact of membership to respect, promote and realize in

* InFocus Programme on Promoting the Declaration.

¹ See Nicolas Valticos, "The ILO is 75 years old: The objectives, structure and methods of the ILO in facing the future" in *Visions of the future of social justice – Essays on the occasion of the ILO's 75th Anniversary*, Geneva, ILO, 1994, p. 300.

good faith the following principles: (i) freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining; (ii) the elimination of all forms of forced or compulsory labour; (iii) the effective abolition of child labour; and (iv) the elimination of discrimination in respect of employment and occupation. In its Preamble, the Declaration recalls “that in freely joining the ILO, all member States have endorsed the principles and rights set out in its Constitution and in the Declaration of Philadelphia, and have undertaken to work towards attaining the overall objectives of the Organization to the best of their resources and fully in line with their specific circumstances”.² These universally four recognized Fundamental Principles and Rights at Work are enshrined in eight fundamental ILO Conventions: the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87); the Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98); the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29); the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105), the Minimum Age Convention, 1973 (No. 138); the Worst Forms of Child Labour Convention, 1999 (No. 182); the Equal Remuneration Convention, 1951 (No. 100); and the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111).

In counterpart to this, the ILO has an obligation “to assist its Members in response to their established and expressed needs in order to attain [the Declaration’s] objectives”,³ in particular by providing them with advisory services and support, setting up priorities and plans for technical cooperation, mobilizing internal and external resources and encouraging other development partners to contribute to this process.

This mutual pledge has been developed since 1999 through an integral part of the Declaration’s text: the Follow-up to the Declaration,⁴ which is designed to complement the established ILO supervisory regular and special mechanisms on ratified conventions and freedom of association, but not to duplicate or interfere with them. This follow-up should be promotional, meaningful and effective in order to track, encourage and assist countries in achieving the full realization of the principles and rights at work solemnly reaffirmed in the Declaration. It mainly consists of two complementary elements, the annual follow-up concerning unratified fundamental Conventions,⁵ or *Annual Review*, by the ILO Declaration Expert-Advisers (IDEA),⁶ and the *Global Reports* by the ILO Director-General, in conjunction with technical cooperation identification and activities to create a momentum for economic and social development.

Priorities and action plans for technical cooperation are set up by the ILO Governing Body on the basis of a tripartite discussion of each of the

² See *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, adopted by the International Labour Conference at its 86th Session, Geneva, 18 June 1998, para 1(a).

³ *Ibid.*, para. 3.

⁴ *Ibid.*, Annex, Parts I-IV.

Global Reports at the International Labour Conference since June 2000. Based on information from official sources,⁷ global reports provide, year by year,⁸ a worldwide dynamic picture that highlights trends and current development in the realization of one of the fundamental principles and rights at work. A second round of global reports was initiated by the introduction and discussion during the June 2004 International Labour Conference of the report “*Organizing for Social Justice*”,⁹ the second Global Report on freedom of association and the right to collective bargaining under the Follow-up to the 1998 ILO Declaration. This report highlights positive and encouraging trends in the quest for fundamental principles and rights at work, including freedom of association and the right to collective bargaining, despite the persistence of serious violations. It also analyses the measures being taken to ensure respect for this principle since the last assessment in 2000¹⁰ and the impact of ILO technical cooperation activities to promote the Declaration (advocacy, technical advice, capacity building, etc.).

This issue of impact assessment is also part of another essential pillar of the Follow-up to the Declaration: the Annual Review. Under this mechanism, countries that have not yet ratified all eight ILO fundamental Conventions must submit annual reports on the basis of Article 19, paragraph 5(e), of the ILO Constitution, using report forms approved by the ILO Governing Body for each principle. Each member State is therefore required to provide an annual law and practice report on matters dealt with in a fundamental Convention it has not ratified, “showing the extent to which effect has been given, or is proposed to be given to any of the provisions of the Convention by legislation, administrative action, collective agreements or otherwise and stating the difficulties which prevent or delay the ratification of such Convention”. In accordance with established practice under Article 23(2) of

⁵ *Ibid.*, Part II.

⁶ Seven ILO Declaration Expert-Advisers from Africa, America, Asia and Europe were appointed by the ILO Governing Body at its 276th Session (November 1999) for a three-year mandate, renewable.

⁷ The Global Report is based on (i) reports under Article 22 of ILO Constitution for member States that ratified all ILO fundamental Conventions, (ii) annual reports under the 1998 ILO Declaration provided by member States that have not ratified all ILO fundamental Conventions, and (iii) other official information or authorized sources

⁸ See *Your Voice at Work*, Global Report under the follow-up to ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, International Labour Conference, 88th Session 2000, *Report I(B); Stopping Forced Labour*, Global Report under the follow-up to ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, International Labour Conference, 89th Session 2001, *Report I(B); A Future Without Child Labour*, Global Report under the follow-up to ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, International Labour Conference, 90th Session 2002, *Report I(B); Time for Equality at Work*, Global Report under the follow-up to ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, International Labour Conference, 91st Session 2003, *Report I(B)*.

⁹ See *Organizing for Social Justice*, Global Report under the follow-up to ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, International Labour Conference, 92nd Session 2004, *Report I(B)*.

¹⁰ See *Your Voice at Work*, *op. cit.*, *supra* note 8.

the ILO Constitution, a copy of these reports must be communicated to representative employers' and workers' organizations, which may make comments, as well as regional or international employers' or workers' federations.

The purpose of the Annual Review is to provide a yearly opportunity to examine the efforts made in accordance with the Declaration by member States that have not yet ratified all ILO fundamental Conventions. The governments' reports, the comments by employers' and workers' organizations and the replies to these comments by the governments concerned are compiled by the Office and reviewed and analysed in an "Introduction" by an independent group of ILO Declaration Expert-Advisers appointed by the ILO Governing Body. The main tasks of these Expert-Advisers are to explore progress made, assess difficulties encountered by member States in realizing the principles and rights and make comments and recommendations to be considered by the ILO Governing Body for more in depth discussion and possible follow-up.

Taking into consideration this new promotional mechanism in force since 1999, one can wonder what has been achieved five years after under the Annual Review concerning the promotion of the fundamental principles and rights at work enshrined in the ILO Constitution, 1919, and the Declaration of Philadelphia, 1944, and reaffirmed in the 1998 ILO Declaration.

Although it might be too soon to assess the whole impact of such a young machinery, some considerations can be made based on the dialogue between the different actors of the Annual Review and progress made in the realization of fundamental principles and rights at work in reporting States. In this respect, the Annual Review has significantly enabled increased universal exposure and awareness-raising on fundamental principles and rights at work (II), and initiated new momentum for national efforts to respect, promote and realize the fundamental principles and rights at work (III).

II. Increased universal exposure and awareness-raising on fundamental principles and rights at work

By introducing the Annual Review, an accelerated yearly reporting procedure on unratified fundamental Conventions to replace the four-year review one established by the ILO Governing Body in 1995, the Follow-up to the Declaration has indeed given a new impetus to the promotion of these instruments. The Annual Review has given a greater exposure to the fundamental principles and rights at work by introducing additional sources of information primarily based on yearly reports by the governments concerned, with possible observations by employers' and workers' organizations. This information is then

compiled, analysed in the Introduction by Expert-Advisers that is reviewed and discussed by the Governing Body, and followed-up by the Office.

1. The annual review: an accelerated reporting system

The annual report system was introduced in 1998 under the Follow-up to the Declaration for countries that have not ratified all ILO fundamental Conventions. The first cycle of the Annual Review started in May 1999 and concerned countries that have not ratified any of the Conventions Nos. 29, 87, 98, 100, 105 and 138. Following the entry into force on 19 November 2000 of the eighth Fundamental Convention, the Worst Forms of Child Labour Convention, 1999 (No. 182), the annual reporting system was extended in early 2001 to countries not having ratified this Convention.

1.1 A yearly reporting cycle

The initial reporting cycle was from 1st May to 1st November 1999. However, in March 2000 the Governing Body endorsed the Expert-Advisers' recommendation¹¹ to move the deadline for reports to 1st September. Subsequently, to enable the Office to operate the annual review process more efficiently, the new reporting cycle for 2005 has been set from 1 April to 1 August.

In the same vein, the Governing Body revised in 2002 the report forms, following recommendations by the Expert-Advisers that these forms should include questions eliciting fuller information on:

- (a) social and economic conditions that influence respect for principles in the Declaration;
- (b) freedom of association as it relates to both employers' and workers' organizations;
- (c) policy and legislative measures aimed at respecting the fundamental principles and rights at work in the informal sector.¹²

As from the 2004 Annual Review cycle, the report forms provide the governments with the opportunity to make use of the "no changes" formula to indicate that no changes have occurred since their last report.

¹¹ See GB.277/3/1, *Review of Annual Reports under the Annual follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work – Part I: Introduction by the ILO Declaration Expert-Advisers to the compilation of annual reports, March 2000*, para. 22.9, p. 4.

¹² *Ibid.*, para. 24.1, p. 4.

Table 1. Reports due and received by category of principles and rights, 2000-2004

Category	Number due				Number due and per cent received								Difference in per cent received						
	2000	2001	2002	2003	2004	2000		2001		2002		2003		2004		2000 2001	2001 2002	2002 2003	2003 2004
						No.	%	No.	%	No.	%	No.	%	No.	%				
Freedom of association/ collective bargaining	52	47	42	38	37	35	67	33	70	35	83	27	71	37	73	+3	+13	-12	+2
Forced labour	41	36	28	27	23	21	51	19	53	17	61	14	52	23	65	+2	+8	-9	+13
Child labour	92	72	102	72	56	47	51	50	68	57	56	40	56	56	54	+18	-13	0	-1
Discrimination	43	38	31	26	22	24	56	28	74	21	68	15	58	22	68	+18	-6	-10	+10
Total	228	193	203	163	138	127	56	130	67	128	63	90	59	138	64	+11	-3	-5	+5

1.2 Government reports

The level of participation by reporting States in this promotional Annual has been encouraging. The reporting rate in the first round in 2000 was 56 per cent.¹³ This has remained the floor rate, while an average reporting rate of 62 per cent has been recorded, as illustrated in Table 1.¹⁴

At the same time, the number of governments that have never submitted reports under the Annual Review has greatly decreased since the start of the Annual Review in 1999.¹⁵

The global positive trend in the reporting rate under the Annual Review illustrates the governments' interest in the principles and rights enshrined in the 1998 ILO Declaration. Every year, the Annual Review exercise enables all reporting States to review their situation vis-à-vis the FPRW. This exercise provides an opportunity for renewed assessment of national situation, together with progress made, difficulties and means to overcome obstacles to realizing fundamental principles and rights. It also concentrates a regular focus at short intervals on ILO fundamental instruments, raising their exposure and publicity among government representatives and officials, employers' and workers' organizations, other decision makers and the public.

Experience shows that advanced industrialized countries generally tend to provide in their reports more qualitative and quantitative information and data, while a number of countries with low capacity to report provide more cursory information. However, this distinction has become less clear cut since 2004, as some developed and developing countries are starting to send concise reports indicating that no changes have taken place since their last reports.¹⁶

¹³ In comparison, the first response rate under the Tripartite Declaration of Principles on Multinational Enterprises and Social Policy and the reporting rate for the same year (2000) under the article 19 of the ILO Constitution (General Survey on the application of unratified Conventions and Recommendations by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations) were lower (45% and 52.7% respectively).

¹⁴ This table has been corrected and updated; see GB.289/4, *Review of Annual Reports under the Annual follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work – Part I: Introduction by the ILO Declaration Expert-Advisers to the compilation of annual reports, March 2004*, para. 19, p. 4. The 2005 Annual Review has already recorded the highest rate of government reporting (about 75% as of 31 October 2004) since the start of the Declaration annual reporting cycle in 2000.

¹⁵ From 53 governments in 2000 to 5 governments in 2004. Considering that under the ongoing 2005 Annual Review, Afghanistan and Sierra Leone have already submitted their first reports, only two countries – Solomon Islands and Somalia – have failed to submit first reports since the start of the Annual Review.

¹⁶ See GB.289/4, *op. cit.*, paras. 10, 74, 110, 147 and 180.

Table 2. Observations by national and international employers' and workers' organizations, 2000-2004

Principle	2000 (first round)		2001 (second round)		2002 (third round)		2003 (fourth round)		2004 (fifth round)	
	Comments of reports due	Comments of reports received	Comments of reports due	Comments of reports received	Comments of reports due	Comments of reports received	Comments of reports due	Comments of reports received	Comments of reports due	Comments of reports received
Freedom of association/ collective bargaining	46	69	60	85	34	48	88	106*	22	30
Forced labour	2	5	39	74	4	7	25	41	14	20
Child labour	3	6	25	36	15	28	13	23	13	23
Discrimination	7	13	32	43	8	13	29	43	18	23
Total	14	24	37	55	17	30	33	51	16	25

* The response rate exceeds 100 per cent given that in some cases (notably India) comments were sent by several employers' and workers' organizations.

1.3 Observations by employers' and workers' organizations

In accordance with established practice under Article 23(2) of the ILO Constitution, a copy of government annual report(s) must be communicated to the most representative employers' and workers' organizations. The debate on national efforts to respect, promote and realize the FPRW may be enriched by the involvement of national and international employers' and workers' organizations through comments under the Annual Review and government responses to these comments. Though the rate of comments by the social partners had somewhat increased in comparison to the first cycle of annual reports, its average remains low (37% of reports received),¹⁷ as illustrated by Table 2.¹⁸

Indeed, comments on government annual reports are mostly made by national workers' organizations and the International Confederation of Free Trade Unions (ICFTU), which concentrate on the principle of freedom of association and the right to collective bargaining (a ratio of 68% of comments on the reports received), which is naturally a field of great interest to them.

The global decreasing trend in the social partners' observations under the Annual Review contrasts with the global increasing trend of government reports in the same context. The Expert-Advisers and the Governing Body have reacted to this, and their reaction is developed below. It is, however, interesting to note that for the 2005 ongoing Annual Review, employers' and workers' organizations have already made more observations than they did during the 2004 Annual Review cycle.¹⁹

The yearly debate between governments and employers' and workers' organizations provides an opportunity to have a regular and fresh look at the issue of FPRW among reporting States. This increases the profile of these principles and rights and opens a window for action channeled through the compilation of annual reports, the Introduction by Expert-Advisers, the debate during the March Session of the Governing Body and the follow-up by the Office.

¹⁷ In comparison, the observation rate by the social partners is about 80% under the two-year reporting cycle on ratified fundamental Conventions.

¹⁸ See GB.289/4, *op. cit.*, para. 188, p. 38.

¹⁹ During the 2004 International Labour Conference, some governments and social partners were informally sensitized by the ILO Infocus Programme on Promoting the Declaration on their role within the Annual Review. Thus, as of 30 June 2004, comments under the 2005 Annual Review had already been received from seven national employers' organizations and twelve national workers' organizations, while a total four national employers' organizations and nine workers' organizations (eight national and one international – the World Confederation of Labour (WCL)) observations were registered under the 2004 Annual Review. An observation by the International Confederation of Free Trade Unions (ICFTU) was received too late and is taken into consideration for the 2005 Annual Review.

1.4 The compilation of annual reports: a new source of information

A compilation of annual reports by the International Labour Office is provided for under the Follow-up to the ILO Declaration.²⁰ Since its first publication in March 2000, this compilation has become the unique yearly tool of information regarding the development of FPRW in countries that have not ratified all ILO fundamental Conventions. Indeed, before the compilation, the only reporting obligation for non-ratifying States was set out in Article 19, paragraphs 5(e), 6(d) and 7(b) of the ILO Constitution under which each member State is required to report to the Director-General of the ILO, at appropriate intervals as requested by the Governing Body, on the position of its laws and practice in respect of specific unratified Conventions “showing the extent to which effect has been given, or is proposed to be given to any of the provisions of the Convention by legislation, administrative action, collective agreements or otherwise and stating the difficulties which prevent or delay the ratification of such Convention”. These reports are the main basis for the elaboration of the General Survey on the application of unratified Conventions and Recommendations made every year by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR). However, over the past ten years the Governing Body has decided only on two occasions that the General Survey should be dedicated to a fundamental convention, i.e. Conventions Nos. 87 and 98 in 1994 and Convention No. 111 in 1996.

The annual compilations disseminate regular information and data on efforts made by reporting States under the Declaration’s follow-up, based on government reports and comments by national and international employers’ and workers’ organizations. These compilations draw the attention of the world community on actions undertaken by countries in respect of FPRW. They do not represent the views of the ILO, which only edits and publishes them. In accordance with the promotional nature of the Declaration’s follow-up, compilations gather government reports and social partners’ comments that do not relate to the application of ratified fundamental Conventions and that are not in the nature of a complaint. The intention is to avoid a duplication of the ILO’s other supervisory mechanisms.

Up to 2002, compilations were published in paper format in English, French and Spanish. Since 2003, due to budget constraints, they are all only available online at www.ilo.org/declaration and their table of contents is published in the Introduction by the Declaration Expert-Advisers, which is a Governing Body document.²¹ The Introduction also serves the purpose of highlighting the information provided in the compilation.

²⁰ See *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, *op. cit.*, Part II.B.2.

²¹ See Annexes to GB.286/4 and GB.289/4.

1.5 The introduction by the ILO Declaration Expert-Advisers (IDEA)

The first reference to Expert-Advisers is made under Paragraph II.B.3 of the Annex to the 1998 ILO Declaration, which reads as follows: “With a view to presenting an Introduction to the report thus compiled, drawing attention to any aspects which might call for a more in-depth discussion, the Office may call upon a group of experts appointed for this purpose by the Governing Body”.

Following its decision of March 1999 (274th Session), the Governing Body at its 276th Session (November 1999) appointed seven Expert-Advisers²² and assigned them the following mandate, in line with the Declaration’s follow-up, to:

- examine the information compiled by the Office on the basis of the replies and the comments received under the Annual Review;
- present an Introduction to the compilation based on those reports, drawing attention to aspects that seem to call for more in-depth discussion; and
- propose to the Governing Body, for discussion and decision, any adjustments that they think desirable to the report forms.²³

This definition of the Expert-Advisers’ responsibilities is more precise than the broad one in the Annex to the Declaration calling for Expert-Advisers to draw “attention to any aspects which might call for in-depth discussion”.

In practice, the Expert-Advisers play a key advocacy role for the respect, promotion and realization of the Declaration principles and rights in the world, by drawing the Governing Body’s attention to their status and position in reporting countries. The action of the Expert-Advisers is concentrated particularly in the following areas:

- the content of the report forms and the need for obtaining both quantitative and qualitative information on fundamental principles and rights at work;
- the fulfilment of reporting obligations and the employers’ and workers’ organizations contributions in the debate concerning the fundamental principles and rights at work;

²² A group of seven ILO Declaration Expert-Advisers from Africa, America, Asia and Europe were appointed by the ILO Governing Body for a three-year mandate, renewable. This group is currently chaired by Professor Maria Nieves Confesor (Philippines), a former Minister of Labour and Chair of the Governing Body. Its reporter is Jean-Jacques Oechslin (France), President of the 1998 International Labour Conference which adopted the Declaration and former Vice-Chair of the Governing Body and Chairperson of the Executive Committee of the International Organization of Employers (IOE). The first reporter was Robert White (Canada), President Emeritus of the Canadian Labour Congress. For further information on Expert-Advisers’ biographies, see Annexes to GB.277/3/1, GB.280/3/1, GB.283/3/1, GB.286/4 and GB.289/4.

²³ See ILO Governing Body, Minutes of the 274th Session, sixth sitting.

- the importance of these principles and rights;
- the general positive and negative trends in the development of the fundamental principles and rights at work among reporting countries;
- the particular efforts made by reporting States in their move towards the realization of the fundamental principles and rights at work in terms of recognition and exercise of these principles and rights, national policies, legislative changes, enforcement and sanctions, promotional and advocacy activities, data collection and dissemination, challenges, regional and international cooperation, request for technical cooperation, ratification;
- the need to promote respect for the fundamental principles and rights in all countries, regardless of prevailing social and economic conditions, etc.

All these aspects are discussed in Part III below and form part of the dialogue between reporting States, Expert-Advisers and the Governing Body concerning the promotion of the FPRW. In terms of follow-up, the Expert-Advisers have, for instance, reiterated their request to the Governing Body to:

- (a) allocate sufficient regular budget resources for the effective implementation of the 1998 ILO Declaration by headquarters and field units;
- (b) invite the ILO Director-General to take further action in view of assisting countries to report, realize the fundamental principles and rights at work and share experience in this respect;
- (c) appeal to donors for substantial and durable extra-budgetary support for ILO technical cooperation to meet the high demands expressed by governments and employers' and workers' organizations in reporting countries;
- (d) draw the attention of international employers' and workers' organizations to the need to reinforce their collaboration with the Declaration Programme, in particular by providing their own comments and by encouraging national organizations to take similar action.

In the same vein, the Expert-Advisers have drawn the Governing Body's attention to the need for both international and national employers' and workers' organizations to make special efforts to promote and facilitate the organization of those workers that tend to be excluded from enjoying the Declaration principles and rights, and their engagement in collective bargaining, such as agricultural workers, workers in export-processing zones (EPZs), migrant workers, domestic workers, workers in the informal economy, and certain workers in the public sector.²⁴

²⁴ See GB.289/4, para. 27, p. 7.

In their Introductions to compilations, the Expert-Advisers have been able to give a general picture concerning the position of the FPRW in reporting States, based on government reports, employers' and workers' organizations comments and the governments' replies to these comments. They have provided a regular fresh look at the FPRW, while drawing attention to their importance and to national and international efforts towards the respect, promotion and realization of these principles and rights. They have given a particular impetus to the FPRW and enabled, through the Governing Body, a tripartite positive debate on how to promote them.

1.6 The Governing Body's discussion concerning the annual review

Under Paragraph II.B(2) of the Annex to the 1998 ILO Declaration, the Governing Body is assigned the general task of reviewing the compilations of annual reports prepared by the Office. However, since its first session on the Annual Review in March 2000, the Governing Body has never really discussed any specific reports or comments contained in compilations. Few countries, even though not represented in the Governing Body, have nonetheless taken advantage of the provisions of Paragraph II.B(4), and made "clarifications which might prove useful during the Governing Body discussions to supplement the information contained in their reports".²⁵

Indeed, the Governing Body has generally acted as a supporting partner of the Expert-Advisers for the promotion of the FPRW. In 2002, it revised the report forms in view of obtaining more information on the development of the Declaration's principles and rights in reporting States. Up to the 2003 Annual Review, the Governing Body endorsed and channelled the most important Expert-Advisers' recommendations to the international community, including those on: (i) the need for revising the reports forms in view of getting more information and data on the position of fundamental principles and rights at work in reporting States; (ii) the need for ILO assistance for the fulfilment of reporting obligations by certain member States; (iii) efforts made by specific countries to promote the Declaration principles and rights; (iv) the need for donors' support to ILO technical cooperation programme to promote the Declaration; (v) the need for more involvement of employers' and workers' organizations in the debate for the promotion of the fundamental principles and rights at work, etc. The Governing Body role was therefore generally supportive of the Expert-Advisers and confined on procedural or formal reporting issues than deciding on substantive issues concerning the development of FPRW and concrete steps and action programmes to be undertaken by reporting States in promoting them.

²⁵ See *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, *op. cit.*, Part II.B.4.

However, during the March 2004 Session of the Governing Body, the employers' group stressed the advisory nature of the role of the Expert-Advisers regarding regular budget allocation for the effective implementation of the 1998 ILO Declaration by both headquarters and fields units. Furthermore, a debate opposed the employers' and workers' groups concerning sectors of activities (for example, EPZs) and categories of workers that tend to be excluded from enjoyment of the Declaration's principles and rights. In conclusion, while endorsing the Expert-Advisers' recommendations in paragraphs 24 to 31 of their 2004 Introduction,²⁶ the Governing Body took note of the reservations made by the employers' and workers' groups concerning the possible participation of appropriate civilian society groups in the Annual Review multistakeholders' consultation meetings – a suggestion that the Expert-Advisers had made in view of obtaining more quantitative and qualitative information.

Does this constitute a new trend in the Governing Body's role vis-à-vis the Annual Review? It is perhaps too early to say and the forthcoming Annual Reviews may bring a clearer answer to this question. However, room for change is possible, taking into account that the Annex to the Declaration did not clearly define the Governing Body's role and the scope and content of its review.

1.7 The role of the Office under the Annual Review

The International Labour Office has been efficient in promoting and implementing the Declaration and its follow-up, especially through its new In-Focus Programme on Promoting the Declaration.²⁷

The Office's general role under the Annual Review should primarily be understood as a part and parcel of the new follow-up reporting system that has been put in place under the 1998 ILO Declaration. This follow-up lies on three pillars: annual reports, global reports and technical cooperation to promote and implement the FPRW. The information provided under the Annual Review on these principles and rights is also used in the elaboration of global reports, and the orientation and implementation of technical cooperation activities. In this respect, the Office has played a critical preparatory, backstopping and follow-up role for the promotion of FPRW. This role mainly consists in: (i) editing and compiling annual reports; (ii) preparing global reports, in which an assessment of the effectiveness of ILO assistance is made; (iii) designing, channelling and implementing technical cooperation programmes on the basis of requests made under the Annual Review and priorities defined by the Gov-

²⁶ See GB.289/4.

²⁷ For further details, see GB.285/PFA/11, "Evaluation of the Infocus Programme on Promoting the Declaration".

erning Body based on global reports; and (iv) disseminating the Declaration principles and rights.

In particular, under the Annual Review, the Office is assigned the responsibility of preparing the compilation of reports and presenting the Expert-Advisers' Introduction to these reports.

On the one hand, in their first Introduction, the Expert-Advisers have indirectly shaped the Office's role by recommending that the Governing Body request it to carry out specific actions such as to:

1. continue to promote respect for the fundamental principles and rights in all countries, regardless of prevailing social and economic conditions;
2. increase efforts to enhance the understanding of the Declaration, especially in countries that have not yet ratified the fundamental Conventions;
3. respond to as many requests for technical assistance indicated in the reports as possible, to increase awareness of the fundamental principles and to assist the countries to respect these principles and rights fully;
4. mobilize additional external resources and support for the Follow-up to the Declaration, to assist countries in their efforts;
5. concentrate its outreach efforts on countries that still owe initial reports under the Declaration Follow-up;
6. increase assistance to governments in the preparation of reports, to improve their content so as to provide a more comprehensive analysis of the current situation and to identify technical cooperation needs;
7. review examples of regional integration groups that are making strides in promoting fundamental principles and rights at work, and disseminate information on the lessons that can be drawn from these experiences;
8. strengthen links in particular with the international organizations with which it has ties under article 12 of the ILO Constitution. It should use them as channels through which to encourage respect for the fundamental principles and rights in the pursuit of sustainable economic growth and poverty reduction.

These recommendations are reiterated each year in various manners with the aim of better promoting and realizing the FPRW, including through the allocation by the Governing Body of sufficient regular budget resources to both headquarters and field units and through advocacy for the Declaration's follow-up and direct assistance to reporting countries.

On the other, in each of their Introductions, the Expert-Advisers make an assessment of the effect given by the Office to their past recommendations in terms of reporting and dialogue with the reporting States, international institutions and other donors, but also in the field of outreach and research

on FPRW.²⁸ Most of the Expert-Adviser's recommendations are achieved by the Office, and this can explain some important progress made not only with respect to universal exposure and awareness-raising on fundamental principles and rights at work but also with respect to assisting reporting States in their efforts to report and respect, promote and realize the FPRW.

III. New momentum for national efforts to respect, promote and realize the fundamental principles and rights work

By providing a yearly channel of communication between the International Labour Organisation and reporting States, the Declaration annual reporting system has triggered national efforts to respect, promote and realize the Declaration principles and rights, in particular through: (i) legal recognition; (ii) policy and institutional reforms; (iii) legislative and regulatory changes; (iv) preventive, enforcement and sanctions mechanisms; (v) promotional/advocacy and capacity-building activities; (vi) special attention to particular situations or groups; and (vii) data collection and information. This impact is further enhanced by: (viii) a regular and constructive national, regional and international dialogue on FPRW; (ix) the development of technical cooperation needs to promote and implement the Declaration principles and rights; and (x) the increased pace of ratification of the ILO fundamental Conventions.

1. Legal recognition of the fundamental principles and rights at work

After five years of continued dialogue under the Annual Review, one can observe that all reporting States have in 2004²⁹ clearly confirmed their commitment under the 1998 ILO Declaration by formally recognizing all FPRW in their Constitution, legislation, regulations and/or judicial decisions expressing their intention to do so, except for Brazil and Sao Tome and Principe concerning the principle of freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining and the principle of the effective abolition of child labour, respectively.

²⁸ See GB.280/3/1, paras. 23-26; GB.283/3/1, paras. 32-36 and 211-228; GB.286/4, paras. 32-33 and 178-185; GB.289/4, paras. 28-31 and 225-232.

²⁹ GB.289/4, paras. 38, 93, 122 and 161.

However, many challenges were raised in the comments by national and international workers' organizations regarding the limitations on the right to organize and collective bargaining and the right to strike.

Concerning steps taken, it is encouraging to note that the Government of Brazil is seeking to amend its Constitution with a view to abolishing the single-union principle and ratifying Convention No. 87, whereas the Government of Sao Tome and Principe has formally requested ILO technical cooperation to combat child labour.

This request for technical cooperation by Sao Tome and Principe has not yet been successfully met by the Office or donor countries. However, concerning Brazil, following several observations by the Central Union of Workers (CUT) and the International Confederation of Free Trade Unions (ICFTU), the Government stated that the principle of freedom of association and the right to organize was legally recognized in the country, and that the legal obstacle of the single trade union system should be overcome through constitutional amendment and social dialogue.

The Expert-Advisers observed that any tendency towards a single trade union system imposed by law or other government intervention makes it more difficult for diverse categories of workers to organize. While noting that Brazil was still seeking to amend its Constitution to allow greater freedom of association, the Expert-Advisers urged the Government to proceed in this matter.³⁰ They reiterated that respect for the principle of freedom of association must not be dependent on the specific economic, social, cultural and political conditions of countries. As ILO member States, they have a constitutional obligation to promote this principle.

Through this positive dialogue Brazil is expected to overcome soon these legal barriers to freedom of association and realize its intention to ratify Convention No. 87, as expressed by the Government in its report for the 2002 Annual Review.

³⁰ GB.289/4, para. 80.

2. Policy and institutional reforms

After having formally recognised the FPRW, some reporting States introduced policy and/or institutional reforms to create an enabling national context for the realization of the FPRW.³¹

2.1 Freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining

These policies mainly focused on monitoring compatibility of national policy and practice with the provisions of Convention No. 87, ensuring the full exercise of the right to organize freely and bargain collectively, developing a more coherent institutional policy on industrial disputes or unfair labour practice, promoting collective bargaining and the conclusion of collective agreements, and/or creating tripartite institutions.

However, a number of government reports noted the incompatibility between provisions of national laws and regulations with the fundamental Conventions that embody this principle and right and their countries' consequent inability to ratify these instruments. In this respect, the Expert-Advisers recalled that the general obligation for ILO member States to respect and promote the FPRW, which exists whether or not ratification is contemplated. While legislative and policy frameworks play a critical role in creating an environment that is conducive to the observance of fundamental principles and rights at work, they cannot by themselves lead to appreciable changes in attitudes and practices. As such, "they need supporting institutions and shared perceptions by society as a whole, about the intrinsic value of fundamental principles and rights, as well as a sense of commitment to respect them". In this regard, a distinction must be made between the provisions of national constitutions and the legal and policy frameworks that are described in the reports, and the ways in which they are implemented in practice. The contrast between government reports that focus on the legal and policy frameworks, and the views of national and international workers' and employers' organizations on the efforts being made by countries in practice, sometimes illustrate significant discrepancies between principle and practice.

The ILO is playing a major role in assisting governments to formulate and implement these policies, notably through technical advisory services and the Declaration Technical Cooperation Programme.

³¹ GB.283/3/1, paras. 59, 72, 110,113-114, 117, 157-159; GB.286/4, paras. 44, 97, 102, 136-139; GB.289/4, paras. 45, 96, 102, 137, 165 and 172.

2.2 Elimination of all forms of forced or compulsory labour

According to government reports, a national policy to fight against forced or compulsory labour has been adopted in most reporting States. Some countries recently confirmed the national prohibition of forced labour, while others even introduced new constitutional provisions to recognize the principle and right or initiated a national programme against forced or compulsory labour to help implement their political commitment to the struggle against this phenomenon. Few governments expressed their intention to adopt a national policy to combat forced or compulsory labour, based on recent feasibility studies and tripartite recommendations or ILO technical assistance.

According to national and international workers' organizations, the challenges encountered in realizing this principle are the weak institutional capacity to address the issues of forced labour and the consequences of its elimination, in particular with the social reintegration of those victims of forced or compulsory labour. In addition, many government policies do make specific reference or adequately address the issue of human trafficking.

In defining their position, the Expert-Advisers shared this view and considered that forced labour is often a hidden phenomenon; that makes it difficult to tackle. It is a challenge for all countries and international organizations to address the root causes and at the same time assist those in need for rehabilitation and integration in the free labour market. Therefore, governments and social partners should pay a great deal more attention to this phenomenon both in their countries and in the reports under the Declaration follow-up. Forced labour issues, whether attributable to actions of the State or private individuals, need to be approached from many different angles. Various forms of forced labour are linked to other principles and rights such as discrimination and child labour. The social and economic environment, working conditions, the existence of informal labour markets, the cultural heritage and traditions, a country's political stability and administrative capacity, and armed conflicts, among other things, have to be taken into consideration in a comprehensive approach to the analysis and elimination of forced labour.

Among the various forms of forced labour, only few mentions were made on one of the most widespread, degrading and apparently expanding forms of forced labour, i.e. forced labour resulting from trafficking. This complex phenomenon might occur within or across national borders; involve small and large-scale operations; occur for many purposes and affect people with many different backgrounds within poor countries, between poor countries, as well as from poor to rich countries. International trafficking has distinct gender features. Trafficking has become a global problem and requires adequate attention to raise awareness, organize specific labour-related prevention action and formulate comprehensive international, regional and national action programmes

and policies. In order to design and formulate meaningful prevention, assistance and rehabilitation programmes and policies, it is also necessary to identify specific target groups of forced labour practices, such as ethnic minorities, migrant workers, domestic workers, women and children, etc.

In its Global Report *Stopping forced labour* that was discussed at the International Labour Conference of June 2001, the ILO drew a considerable international attention on this issue in which the Office needed to be much more active and to collaborate with other international organizations. In November 2001, the Governing Body approved a Special Action Programme to Combat Forced Labour (SAP-FL). In the framework of this Declaration Programme that attracted donor support, various activities are being developed in Africa, Latin America, Asia and Europe to combat forced or compulsory labour, in particular in the traditional form of trafficking, such as debt bondage in South Asia. The Expert-Advisers considered this exercise as a “good concrete example” of follow-up by the ILO of their recommendations to governments.

2.3 Effective abolition of child labour

While noting the link between child labour and the educational system, the vast majority of reporting governments mentioned that they have a national policy/plan for the effective abolition of child labour. Others expressed their intention to adopt one in the near future. Very few indicated that they had no national policy for this principle and right.

These national policies/plans aimed at tackling child labour through various channels: adoption of macro policies and optimization of human and material resources, free compulsory education, poverty eradication and income-generating programmes for poor parents, rehabilitation of the victims of child labour, strengthening of labour inspection, the establishment of specific committees to address the various forms of child labour and ratification of relevant Conventions. For few countries the elimination of illegal and exploitative child labour is both a domestic and international priority.

While noting that many governments were now ready to acknowledge public the existence and persistence of varied forms of child labour, the Expert-Advisers observed from government reports that these countries also demonstrated concrete evidence of their willingness to undertake policy change and practical action.

In this regard, a uniform approach across countries to the abolition of child labour cannot be effective, because approaches need to be tailored to countries' individual circumstances and to the different types of work which children are engaged in. Therefore, an integrated approach (involving preven-

tion, removal, rehabilitation, adult employment creation and poverty reduction strategies, social assistance, health, education) is essential to combat effectively the scourge of child labour.

At international level, some donor countries expressed their intention to renew their assistance (through financial aid and support for participation in international fora) to other states and international organizations to combat child labour, including in its worst forms. Also, international solidarity against child labour is illustrated in most cases through the contribution of international organizations and programmes, where the ILO International Programme on the Elimination of Child Labour (ILO/IPEC) is playing a significant role. In order to avoid duplication and confusion, the Expert-Advisers highlighted the need for coordinating much more closely the international efforts to combat child labour. They commended IPEC, which helped many reporting countries in defining or revising their national action plan on child labour, especially through an integrated approach and time-bound programme. In this context, IPEC has brought new partners and new approaches to the ILO and has made a good combination between identifying and analysing child labour and concrete action for combating this phenomenon and achieving countries' goals.

2.4 Elimination of discrimination in employment and occupation

Almost half of the reporting countries stated that they have adopted national policies in order to address discrimination in employment and occupation, or that they intend to do so. The review of governments' reports also revealed that the concept of discrimination, as articulated in constitutions, legislation or policies, covers a wide array of grounds for which discrimination is prohibited. A number of States referred to the grounds of discrimination explicitly covered by Convention No. 111. Among them were race, colour, religion or other creeds, political or other opinions, social origin and national extraction. Some governments reported that national legislation provides for additional grounds of discrimination such as age, social/marital status, nationality, migrant workers status, family origin, responsibilities, disabilities, previous activities, native language, attitude towards the duty to serve in the armed forces, or even the right to leisure and the right to gradual rise in the standard of living.

All government reports paid a considerable attention to sex-based discrimination and the positive impact of the international commitment to achieve gender equality was reflected in a variety of measures to combat wage differential between men and women and/or gender imbalances. These include national action plans, skills development schemes, gender-neutral job advertisement and

affirmative action measures, which form an integral part of social and economic agendas of several countries since the 1995 Copenhagen Social Summit and the 1995 Beijing Fourth World Conference on Women.

However, some workers' organizations indicated the absence of national policy on discrimination in some countries and the need to take steps in this regard.

Considering that many government reports mentioned grounds on which discrimination is prohibited other than those listed in Convention No. 111 (e.g. age, disability, HIV/AIDS, marital status), the Expert-Advisers observed that this highlights the complexity of the phenomenon of discrimination and the fact that it manifests itself differently across countries and societies, and over time. This also confirms the importance of a clear definition of the principle of discrimination in each country and a close scrutiny of the evolution of the grounds of discrimination and the factors and processes underpinning them. Further efforts by governments in this respect should be encouraged. Furthermore, in reply to very few governments that denied the existence of discrimination in relation to employment and occupation in their country or stated that discriminatory employment practices were neither prevalent nor serious enough to require the enactment of policies or laws to address them, the Expert-Advisers observed that a first and essential step is the acknowledgement of the existence of a problem. In this respect, employers' and workers' organizations as well as government should play an active role in contributing to the creation of general climate of equality. Discrimination being a complex phenomenon, there is a need to document its magnitude and, when the parameters are identified, design appropriate policies and measure the impact that these may have. In this regard, the social partners should be encouraged to continue engaging in the formulation and implementation of promotional and remedial measures.

In addition to its regular technical advisory services and to its cooperation with other international organizations at the country level, the ILO published in 2003 its Global Report on discrimination, *Time for equality at work*, which analysed several issues on discrimination and equality and suggested priorities and plans of action for technical cooperation. This report enjoyed high media coverage and oriented the action plan the ILO Governing Body adopted in November 2002. The Expert-Advisers trusted that funds would be forthcoming to ensure the implementation of this action plan. Their request was conveyed by the Governing Body to the donor community.

3. *Legislative and regulatory changes*

Several States have taken steps to amend their laws and regulations, so as to ensure a more effective implementation of the fundamental principles and rights at work.³²

3.1 Freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining

Most countries have concentrated their efforts on bringing the existing legislation and/or regulations into line with the principle and right. These changes were at different stages of advancement and related to the establishment of free trade unions, the promotion of collective bargaining as a means of resolving collective disputes, the extension of the right to join trade unions and bargain collectively to employees of state enterprises, or the establishment of employers' organizations without government interference. While some countries reported the adoption and/or entry into force of a new legislation, most of them provided information on law revision recently initiated or still in progress. At the very beginning of the Annual Review in 1999, a number of countries identified the need to adopt or revise legislation or regulations as a key condition for achieving respect for the principle and right, and many of them had completed the law revision process. In terms of regulations, few countries introduced Decrees to apply the principle and rights.

Some challenges were, however, raised by a number of governments, but mostly by employers' or workers' organizations (in particular, national workers' organizations, the ICFTU and the WCL) with respect to the inadequacy of national legal framework for freedom of association and collective bargaining that needs to be overcome through social dialogue and appropriate constitutional and/or legislative amendments.

In their Introductions, the Expert-Advisers emphasized the direct link between the two components of the principle and rights by noting that the respect and promotion of freedom of association is a prerequisite for collective bargaining or meaningful social dialogue. According to them, "[f]reedom of association gives a voice to workers and employers, a voice that needs to be heard much louder and more clearly in a globalized world". There is a fundamental difference between the situation of countries where this fundamental right is denied and those where it is not. Most countries assert general respect for the principle. However, when the restrictions are considered (e.g. exclusion

³² GB.283/3/1, paras. 49-56, 87-88, 115-125 and 151-152; GB.286/4, paras. 39-40, 79, 99, 106, 112 and 133-135; GB.289/4, paras. 40, 96, 123-131 and 174.

of categories of employers and workers, denying the right of organizations to elaborate their own statutes and to international affiliation), it soon becomes apparent that there are so many exceptions that these rapidly empty the principle of its full potential. Some countries remain silent on the exceptions; in some cases, the government's report does not allow the clear identification of respect or non-respect. The gap between some governments' reports and the allegation by national or international workers' organizations indicates that a great deal still remains to be done before many governments can claim to be respecting these principles. This has been confirmed by the disturbing message of the first Global Report under the Declaration follow-up, *Your voice at work*, that there are many legislative gaps. Some countries have taken the important steps of admitting that this right is denied, and seek cooperation in finding ways of overcoming this problem. Among legal restrictions to this principle and right, denial of the right to organize, denial of the right to strike, imposed single trade union structures, and complex and arbitrary union registration procedures are still a common feature in many reporting States, and they are of particular concern. In certain instances, technical legal barriers to multiple trade union structures that need to be overcome and countries should move from authorization to registration without hindrance. In others instances, broader political issues need to be addressed. While noting few positive changes reported with regard to the legislation on collective bargaining and social dialogue, the Expert-Advisers urged more visible and accelerated efforts in the review of existing legislation, where outstanding obstacles should be immediately abolished. It is, however, encouraging to note the positive steps taken by a number of countries of the Gulf Cooperation Council, namely in adopting and implementing new laws on freedom of association and collective bargaining, and by other States that envisaged legal reforms.

In this respect, the ILO is unique in terms of expertise, experience and technical cooperation, and can assist the countries involved in realizing the principle and right. Several technical cooperation projects under the auspices of the Declaration (in Africa, Latin America, the Caribbean, Asia and Gulf States and Eastern Europe, among others) are working towards this direction.

3.2 Elimination of all forms of forced or compulsory labour

In addition to countries' intention to bring existing legislation in line with the principle, a number of legal amendments were mentioned by various States in relation to the principle, in particular regarding the definition and/or prohibition of forced or compulsory labour. Other countries introduced new laws on trafficking as a form of forced labour, or stated their intention to take similar action as part of a ratification process.

Only few governments referred to legal difficulties they face in realizing the principle by reporting difficulties in adapting national laws to the provisions of the ILO Conventions on forced labour, or by indicating that their national legislation does not guarantee the full recognition of the principle and right. Further legal challenges were observed by workers' organizations, which mentioned that they were a major barrier to ratification of relevant ILO Conventions (for instance, concerning the prohibition and repression strike in the public service).

While noting the importance of a widespread ratification of ILO Conventions on forced labour and the existence of national laws and regulations on this issue, the Expert-Advisers observed that these instruments needed to be applied strictly. The ILO and its SAP-FL Programme are working towards this end.

3.3 Effective abolition of child labour

Most reporting countries stated that they had a law imposing a minimum age for admission to employment or work, directly or indirectly. Very few mentioned this was not the case, specifying, for instance, that there was compulsory education in their country and school-aged children could not work during school hours. In addressing the issue of sex differences regarding minimum age for admission to employment or work, almost all governments reported that there was no discrimination between girls and boys, and 15 years was the most common minimum age. The lowest age allowed by law was 12 years, whereas the highest one was 18 years. In fact, the majority of countries report that the minimum age for taking up employment is 15/16 years. For compulsory schooling, most States had a relevant legislation, and the lowest recorded age was 12 years, while the highest one was 18 years. As concerns hazardous work, several countries stated that they had a definition and a specific minimum age for admission into this type of work, which is commonly placed at 18 years for both boys and girls, and at 14 years for the lowest cases.

Some governments have reported efforts to comply with the principle and right by means of legislative changes: (i) paying particular attention to the requirements of Conventions Nos. 138 and 182 and the protection of the health, safety, morals and welfare of children at work; (ii) ensuring that work does not adversely affect their education; (iii) introducing significant changes as to working rights of children; or (iv) adopting a new law in respect of compulsory education.

Most countries reported the existence of specific laws exist to eradicate the worst forms of child labour. Moreover, further steps were also being taken by many States to modify existing legislation and/or introduce laws to address this scourge, through prevention, protection, prohibition and sanctions.

However, some countries acknowledged the lack of inadequacy of their laws, the non-existence of compulsory schooling or that the age at the end of compulsory schooling did not correspond to the minimum age for admission to employment or work. Furthermore, in other countries, hazardous work was not defined directly in a single law, but covered indirectly through a combination of legislation and/or regulations.

Reacting on these issues, the Expert-Advisers found encouraging that governments were reporting on legislative reforms against child labour and ratifying or considering ratification of Convention No. 182. However, a further step combining both national and international standards needs to be made, especially taking into consideration that child labour tends to fall too often into an area where law does not function well, or may not exist. In the integrated approach against child labour involving employers' and workers' organizations and other stakeholders, poverty eradication is critical, as well as the link between child labour and education – both in terms of legal provisions and in implementation. There is no reason to permit children to enter the formal or informal economy before they have finished compulsory school. Rather, synergies and synchronization are required between education and child labour laws, so that the two do not contradict, but reinforce each other. Therefore, compulsory and relevant education should be considered as a public policy priority, though the cost of providing universal education should be unfortunately acknowledged as serious source of concern for poorer countries. The Expert-Advisers further considered that “provision of universal, high-quality and free, basic or primary education for both boys and girls is widely acknowledged as being absolutely critical for the effective abolition of child labour [...] and governments should bear this eternal truth in mind when elaborating budgets”.

Progress in this area is reported by a number of countries. The continued evidence and impact of the support of the ILO/IPEC to existing and new country programmes can only be sustained if donors to continue to provide this Programme with financial and other support. The Governing Body launched an appeal for support to this request by the donor community.

3.4 Elimination of discrimination in employment and occupation

The overwhelming majority of government reports stated that there were provisions concerning non-discrimination in national legal provisions, while few countries also reported the existence of national legal instruments concerning equal treatment in the field of remuneration.

Certain States indicated that they were drafting new legislation or revising the existing ones to better reflect the principle. Many other governments

observed difficulties in legal provisions in realizing the principle. Most of them were considering or carrying out labour law reform in accordance with the provisions of Conventions Nos. 100 and 111; for which they request ILO technical support. These legal challenges were also observed by workers' organizations with respect the definition of the grounds of discrimination, the need for revising some laws on equality and to prohibit of indirect discrimination and discrimination in employment on grounds of sex. In some cases, the workers' organizations even mentioned the inability or reluctance of certain governments to establish adequate legal provisions to realize the principle.

According to the Expert-Advisers, the information provided by the governments highlighted the absence, in most countries, of a clear definition in the law of what discrimination consists of and how it manifests itself. There is a need to address these questions, so that governments and the employers' and workers' organizations can scrutinize patterns of inequalities and devise meaningful and effective anti-discrimination measures. The most common ground, due to the sheer proportion of women in the labour force, is discrimination based on gender, and this is an area that continues to require sustained attention. However, identification of this form of discrimination should not lead people to ignore other equally serious and growing forms of discrimination. These include discrimination based on national origin, colour, disability, HIV/AIDS or others. This is especially disturbing since such discrimination occurs in both developing and developed countries, that may have ratified all the fundamental Conventions, and/or where the law and practice is otherwise generally protective of rights.

In order to adopt a more inclusive approach to understanding and overcoming discrimination, countries should recognize different grounds and forms of discrimination. In this respect, it is essential to have coherent data collection; only when the parameters of discrimination are identified can they be effectively addressed. It is encouraging that some countries indicate that they are taking such steps. In this respect, ILO advisory services are being developed and could be further strengthened with donors' support to the follow-up of the Global Report on discrimination.

4. Preventive, enforcement, monitoring and sanction mechanisms

In view of realizing the Declaration principles and rights, several countries reported specific actions ranging from preventive mechanisms to enforcement, monitoring and sanctions to secure good practice.³³

4.1 Freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining

All reporting States made reference to labour inspection and monitoring mechanisms to ensure the implementation of freedom of association and the right to collective bargaining. In instances where this principle and right had not been respected, the procedures referred to mostly involved conciliation and mediation, and, in case of failure, judicial action, redress and civil, administrative and/or penal sanctions, as the case may be. Such procedures and sanctions may differ from one country to another.

However, a number of governments recognize a gap between principles and rights and their effective implementation, including, in some cases: (i) the lack of capacity of labour inspection and/or employers' and/or workers' organizations; (ii) the lack or absence of collective bargaining experience; (iii) the adverse consequences of general economic, social and/or cultural conditions in the realization of that principle; or even (iv) the impact of structural adjustment programmes on trade union membership and collective bargaining. This gap is confirmed in many comments made by national and international workers' organizations, and is also mentioned in few comments of employers' organizations, that draw attention to persistent phenomena of limiting the right to organize, the right to strike and other basic labour rights, including dismissal of trade unionists and dissolution of trade union organizations. Reference was also made to economic conditions linked with high poverty rate and informal economy. In view of meeting the above challenges, a number of countries requested ILO's technical cooperation.

The Expert-Advisers emphasized that freedom of association and collective bargaining must be respected by all ILO member States, irrespective of ratification and irrespective of the specific economic, social, cultural and political context of the country. Where respect for this principle and right is denied, there can be no real progress in relation to the other three principles and rights, and this makes a fundamental difference from countries that respect this principle and right. This Declaration principle "is in many ways the gateway to the other principles and rights, which in turn reinforce it; it also helps to promote other

³³ See GB.286/4, para. 41; GB.289/4, paras. 41, 97, 133, 168 and 172.

labour and social rights". The principle of freedom of association and collective bargaining also gives opportunities to employers and workers to have greater impact over their own lives, activities and programmes, and allows them to negotiate with each other and the State, as appropriate. "When the social forces of workers and employers and their organizations are given free rein, they constitute significant checks and balances against abuse of power either by the other side or by the government. As such, this principle is part and parcel of human rights and democracy".

However, if legislative and policy frameworks play a critical role in creating an environment that is conducive to the observance of fundamental principles and rights at work, they cannot by themselves lead to appreciable changes in attitudes and practices. They need supporting institutions and shared perceptions by society as a whole, about the intrinsic value of fundamental principles and rights, as well as a sense of commitment to respect them. In this regard, there are sometimes significant contrasts between government reports that focus on the legal and policy frameworks and the views of national and international workers' and employers' organizations on the efforts being made by countries in practice. Here again, the ILO technical advisory services and Declaration Programme are being developed worldwide, and donors' support is needed to meet technical cooperation requests by many reporting countries. This message was forwarded to the donor community by the Governing Body.

4.2 Elimination of all forms of forced or compulsory labour

Most governments stated that prevention, inspection or monitoring and sanction mechanisms had been implemented or envisaged, with a view to eliminating all forms of forced or compulsory labour. Others believed that they had no such difficulties since no cases of forced labour have been observed locally. In terms of prevention, few information, documentation and prevention campaigns were reported. In case of non-compliance with national legislation, most countries provided for penal sanctions including imprisonment, while in few cases only civil or administrative sanctions were provided for or envisaged.

However, few governments referred to difficulties related to implementation and/or lack of capacity of responsible government institutions, the lack of social dialogue on the principle, while many others considered technical support by the ILO to be important, especially in evaluating the difficulties on forced labour issues and the impact of these difficulties on the realization of the principle and right. Indeed, most challenges encountered with respect to realizing the principle of the elimination of all forms of forced or compulsory labour were identified by national and international workers' organizations related to

poverty, weak institutional capacity to address the issue of forced labour and the consequences of its elimination, working practices in private prisons, and failure to respect the legislation in force.

According to the Expert-Advisers, forced labour is often a hidden phenomenon, which makes it difficult to tackle. It is a challenge for all countries and international organizations to address the root causes and at the same time assist those in need for rehabilitation and integration in the free labour market. Forced labour issues, whether attributable to actions of the State or private individuals, need to be approached from many different angles, and various of its forms are linked to other principles and rights such as discrimination and child labour. The social and economic environment, working conditions, the existence of informal labour markets, the cultural heritage and traditions, a country's political stability and administrative capacity, and armed conflicts, among other things, need to be taken into consideration in a comprehensive approach to forced labour situations. The Expert-Advisers expressed concern about the continuing occurrence of forced labour in many contexts, whether in private prisons or contracting out to private companies, debt bondage, slavery-like practices, trafficking and forced prostitution, or prison labour imposed in relation to participating in certain political activities or industrial action. Forced labour does not occur in a vacuum; it has many and wide-ranging consequences, it takes many different forms and occurs in nearly all countries, poor and wealthy. The economic impact of forced labour on the economy is largely negative except for those who benefit from the systems. Even for the latter there is no incentive to change things and use their means of production more productively. The forced labourers themselves are unable to leave the low-productivity jobs into which they are tied.

In fighting forced labour, there is need at the national level for a comprehensive partnership between governments and employers' and workers' organizations, the judiciary and NGOs, so as to design coordinated, comprehensive and well-monitored programmes, and to secure funds for their implementation. At the international level, an effective cooperation between origin, transit and destination countries of trafficked persons should be engaged. While noting with satisfaction the requests for technical cooperation by some countries, the Expert-Advisers requested more donor supports to ILO and its Special Action Programme to Combat Forced Labour (SAP-FL) for the purpose of implementing the Declaration principles.

4.3 Effective abolition of child labour

Most countries reported various enforcement measures to effectively abolish child labour, such as the establishment of a special institutional machinery, inspection and monitoring mechanisms, civil, penal and administrative sanctions, employment creation/income generation programmes, free and compulsory schooling, social assistance, child rehabilitation, including removal from work, vocational and skill training for young workers, international co-operation programme or project.³⁴

However, some challenges were reported concerning lack of capacity-building of officials, lack of resources to fight against child labour, the “vicious circle of self-perpetuating poverty”,³⁵ natural calamities and persistence of traditional activities where children are involved in war situations. Only very few governments expressed a doubt as to whether forced recruitment for armed conflicts existed or not in their countries. In addition, employers’ organizations referred to the absence of inspection measures to enforce the minimum ages for admission to employment or to eliminate the worst forms of child labour, poverty and orphanage, whilst the ICFTU mentioned the existence of child prostitution and trafficking in children (especially girls) in West Africa.

Drawing upon the reports and comments received, the Expert-Advisers observed that child labour is persisting and even sometimes spreading in all parts of the world and in a vast array of forms ranging from work in traditional and commercial agriculture to street vending and domestic service in the informal economy through to the most abhorrent forms of exploitation, such as prostitution and serving in armed conflict. Such exploitation that occurs invariably in developed, transition and developing countries, often as a result of the growth of economic problems experienced by those countries, communities and families in current globalization. This is a serious violation of the rights of the most vulnerable members of society and the worst forms of child labour, in particular, cannot be tolerated under any circumstances. Indeed, any labour which prevents children benefiting from education and developing to their full potential is a tragic waste of the world’s most precious resource.

Of course, free and compulsory education and income-generating activities may be the first responses to relative or absolute poverty that, in interaction with others, gives rise to child labour in its various forms. However, instead of isolated measures, a greater impact may result from a comprehensive economic,

³⁴ For further information, see GB.289/4, Table 2, pp. 27-28.

³⁵ See GB.286/2, para. 122: “poverty sends children to work with the lowest qualifications and due to the exploitative nature of that work they are neither able to obtain an education nor leave this cycle. Therefore, when these children become adults, they cannot perform any other job or change their way of life”.

social, institutional, legislative and educational development, properly monitored, protective of children and dissuasive to those who employ children or uses them in trafficking activities. The extent and creativity of action by governments, in partnership with employers' and workers' organizations, NGOs and others, are encouraging in the struggle against child labour. In the same vein, the 2002 Global Report, *A future without child labour*, deserves an efficient follow-up in terms of strategy, action plan, more in-depth research and adapted programmes that contribute effectively to the abolition of child labour, especially ILO-IPEC.

4.4 Elimination of discrimination in employment and occupation

Most of reporting States referred to enforcement and sanctions measures to combat discrimination in employment and occupation, commonly based on laws, complaints, labour inspection, judicial procedure and sanctions. Few countries stated, however, that there was no need to take measures to eliminate discrimination, as the establishment of the rights in question was guaranteed in the Constitution and laws. Others referred to structural adjustment or recession measures as having affected women workers more acutely than men, or mentioned culture, custom, and societal beliefs and norms as barriers to efforts to uphold the principle, prevailing employment practices, and/or lack of social dialogue on discrimination and equality issues. Further challenges were observed by workers' organizations concerning the political situation, the lack of resources and the weakness and inefficiency of labour inspection services in enforcing the legislation.

The Expert-Advisers observed that the actual situation of women in the labour market compared to men's remained disadvantageous in most instances – despite the positive impact of the international commitment to the achievement of gender equality that has been reflected in encouraging developments in relation to sex-based discrimination and the variety of measures adopted to combat wage differentials between men and women and/or gender imbalances in employment, including, for instance, national action plans, skills development schemes, gender-neutral job advertisement and affirmative action measures. Indeed, “no significant positive improvements had been observed with regard to women's unemployment levels compared to men's, women's confinement to a narrower spectrum of occupations and restrictions to upward mobility, the differentials in remuneration between men and women, or the disproportionate incidence of non-standard forms of employment for women”. However, identification of this form of discrimination should not lead people to ignore other equally serious, and growing, forms of discrimination. These include discrimination based on national origin, colour, disability, HIV/AIDS

and others. The variety of forms of discrimination and of the social groups affected by it point to the need for an integrated approach to enforce legal provisions. Without supporting measures to ensure law application, there is no guarantee that discrimination will not occur, either directly or indirectly.

Therefore, legal responses must be accompanied by measures directed at changing people's perceptions of different social groups, challenging deeply rooted cultural norms and social values, and modifying the way government institutions operate towards groups of workers that are vulnerable to discrimination. In this respect, institutions or national machineries need to be put in place, staffed and properly funded to assist discriminated-against individuals and the groups to which they belong. The monitoring of progress made in equal remuneration, equal access to work and non-discriminatory treatment at work should closely involve employers' and workers' organizations and the other interested groups. Discrimination should also be tackled by employers' and workers' organizations through collective bargaining – "an as yet under-used tool". ILO advisory services and technical cooperation programme should work in close cooperation with other national and international bodies to make the combat against discrimination more effective. Given that they need regular support, the Governing Body launched an appeal to the donor community.

5. Promotional/advocacy and capacity-building activities

In the framework of the Declaration's follow-up, a number of promotional/advocacy and/or capacity-building activities have been carried out to strengthen the application of the fundamental principles and rights at work, in particular in reporting States. Many of these activities are supported by the ILO Declaration Programme through partnerships with national and international media companies (e.g. the United Nations Cyberschoolbus Project), public broadcast events and information products, such as brochures, fact sheets, multimedia presentations, working papers, articles for publication in specialty press, and other field-based promotional products including video production. Similar support has been given by the ILO/IPEC in the promotion of the principle of the effective abolition of child labour.

5.1 Freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining

This is one of the most frequently mentioned efforts undertaken by governments related to various activities to promote the principle. Training was identified as an important medium for promoting respect for the principle, namely through seminars on freedom of association, collective bargaining, labour administration, tripartism, social dialogue, labour relations, conciliation, mediation, negotiation and communication skills, leadership, motivation, disciplinary and grievance procedures, globalization and standards, the Declaration principles and rights, etc. In many cases, training activities made it possible to discuss and possibly confirm ratification of ILO fundamental Conventions. Many of these activities were carried out under the auspices of the ILO Declaration Programme.

Declaration awareness-raising campaigns were also carried out in most reporting States, including direct technical and material support to capacity-building of labour administration and employers' and workers' organizations through the ILO Declaration Programme of technical cooperation, to facilitate the implementation of fundamental principles and rights at work.

This promotional action was also developed at regional and/or sub-regional levels in cooperation with various development and financial institutions. In addition to governments' tripartite activities, the need for awareness-raising and advocacy activities on freedom of association for their members has been mentioned many times by workers' organizations and sometimes by employers' organizations. The Expert-Advisers shared this view and called for the urgent mobilization of the Office resources to help governments that identified a need in their countries to strengthen the capacity of workers' and employers' organizations. They commended concrete government action in providing financial support to an education and training programme on industrial relations.

5.2 Elimination of all forms of forced or compulsory labour

Awareness-raising and advocacy efforts for the elimination of all forms of forced or compulsory labour were undertaken in various countries through specific seminars, tripartite consultations, national survey and campaign against human trafficking. In general, many countries carried out advocacy and awareness-raising activities in respect of the ILO Declaration, including forced labour issues. At international level, the ILO has provided advisory services to various countries and, following the Global Report on forced labour, it has developed under the SAP-FL several national programmes that included research

and awareness-raising/advocacy activities. The Expert-Advisers' and the Governing Body supported the development of such programmes and requested further donor contributions.

5.3 Effective abolition of child labour

Awareness-raising activities were organized by several reporting countries to combat child labour, and many of them benefited from IPEC support through sectoral surveys and awareness-raising campaign against child labour. These activities were also encouraged and supported by the Expert-Advisers and the Governing Body that called for further donor contributions.

5.4 Elimination of discrimination in employment and occupation

In addition to traditional awareness-raising activities involving research, training, publication of training material and campaign, a number of governments established various institutions to promote equality with a view to enforcing national policy and legislation relating to the principle and right, mostly with respect to gender issues. In some cases, questions concerning discrimination fell under the purview of existing institutions dealing with civil or social rights in general. However, the lack of public awareness/support on discrimination and equality issues was mentioned as a challenge by various States. Moreover, little information was provided concerning gender balance in training courses.

The Expert-Advisers emphasized the need for broad-based awareness-raising and education on discrimination and equality issues. They welcomed the positive steps taken by some governments to influence national opinion and policy-makers on the importance of removing discriminatory practices at work as part of a broader effort to reduce social inequalities. They commended the active role played by the social partners played in some countries both within and outside the framework of government-led initiatives geared towards the elimination of discriminatory treatment and practices in the workplace and the promotion of equal employment opportunities. They further encouraged the social partners to continue engaging in the formulation and implementation of promotional and remedial measures. In this respect, ILO active support through advisory services and programmes should be strengthened through donor funding. The Governing Body supported this view and launched an appeal to donors.

6. *Initiatives and special measures*

A number of reporting States have shown their commitment to the Declaration and its follow-up by taking creative initiatives and adopting special measures to extend or ensure the application of the FPRW to particular situations or particular groups and/or situations. As a general initiative to promote the FPRW, the Government of Belgium indicated that pursuant to a draft law on social labeling, a label would be created for goods and services produced in a socially responsible manner. This label would be only used for the products that met the criteria concerning the respect for the four Declaration principles.

6.1 Freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining

With regard to the informal economy, while some countries' labour and related legislation applied to all workers, certain categories of employees, such as domestic workers in private households, agricultural workers and others, were often excluded from the provisions of major labour laws of many other countries. However, in certain countries, steps were being taken to extend protection only to those of the informal economy who had concluded contracts of employment or to extend the right to organize to several categories of persons.

In respect of persons with special needs, few governments cited citizenship as a precondition to access employment or employment as a precondition to trade union membership. However, according to some governments, migrant workers were authorized to join trade unions or under legal protection for those who were not documented. Some countries referred to women active participation in trade unions, to mechanisms to establish or strengthen women's organizations in work or life, or to protect vulnerable groups in general.

With respect to special attention to specific sectors, reference was made to the harbour and agricultural sectors and the small-sized enterprises and the textile and clothing sectors, urban transport and the canning industry. For EPZs, an important majority of reporting States explicitly indicated that efforts were made to ensure the full exercise of freedom of association and the right to collective bargaining in these zones, including the right to strike. As concerns the public sector, some governments observed the gradual expansion of the labour rights of public-sector workers.

Certain reports, however, pointed out economic, political and/or social conditions (huge informal economy sector and precariousness of immigrant labour, absence of collective bargaining experience) as a challenge that must

be overcome in order to promote and respect the principle fully. This was also mentioned by workers' organizations, especially the ICFTU, with respect to poverty and extension of the informal economy.

Freedom of association, the right to organize and/or the right to strike were denied by a number of governments to some or all public servants, domestic workers, informal economy workers, agricultural workers and/or migrant workers. The right to collective bargaining, according to governments' indications, cannot be exercised by employers and/or by the medical profession, some or all public servants, domestic workers, informal economy workers, agricultural workers, and/or migrant workers. These limitations have been underscored in observations made by several national and international trade union organizations (ICFTU, WCL), including the right to organize and to strike in EPZs, and the lack of coverage of agricultural workers, domestic workers and public employees by legislation on labour relations and the lack of government capacity to enforce laws in a timely manner. Technical cooperation was requested in this regard.

The Expert-Advisers expressed concern that increasingly, categories of unorganized people are left out of the limited circuit of social dialogue and labour relations. In this respect, they requested the Governing Body to ask both international and national employers' and workers' organizations to make special efforts to promote and facilitate the organization of workers and their engagement in collective bargaining, as regards those who tend to be excluded from enjoying the Declaration principles and rights. These include agricultural workers, workers in EPZs, migrant workers, domestic workers, workers in the informal economy, and some workers in the public sector.

6.2 Elimination of all forms of forced or compulsory labour

A number of countries reported special efforts undertaken for particular groups concerning forced labour and human trafficking, namely women and children, girls and/or vulnerable child and family groups. Some countries developed special national programmes to combat human trafficking. In some cases, a government programme on the prevention of debt bondage was successfully carried out through poverty alleviation and economic empowerment of marginal farmers and women, including development and credit programmes. Some workers' organizations observed forced labour affecting public services, essential services, migrant workers, plantation workers and/or prison labour.

The Expert-Advisers expressed concern on these issues, especially with respect to forced labour as a manifestation of discrimination on the ground of ethnicity, and trafficking. They requested governments to provide for and apply

dissuasive sanctions to perpetrators and urged cooperation between origin, transit and destination countries of trafficked persons. ILO/ IPEC and ILO/ SAP-FL Programmes are currently developing assistance in this area.

6.3 Effective abolition of child labour

Several countries referred to specific efforts for targeted categories of children in their combat against child labour. In this respect, specific measures or programmes of action were implemented or envisaged to reply to the needs of particular groups of children: disabled children; street children; those performing hazardous work; girl child workers; children with disadvantaged backgrounds; orphaned/abandoned children; children in rural areas; children in the informal economy; refugees and orphans; children under forced labour; and/or children in cases of emergency. As special a measure, a Taxi Driver Volunteer Project was, for instance, carried out – where taxi drivers were to report occurrences of child labour or unfair labour practice with regard to young workers – and a telephone and postal hotline for receiving complaints about child labour or unfair treatment of young workers were introduced and backstopped by special emergency unit for women and children. Most programmes received technical and material support from the ILO/IPEC and UNICEF.

The Expert-Advisers expressed the urgent need to eradicate the worst forms of child labour, including the struggle against international trafficking where the development of ILO/IPEC and ILO/SAP-FL programmes, in co-operation with the countries and the organizations involved and donors, are instrumental.

6.4 Elimination of discrimination in employment and occupation

Many countries reported on special efforts to fight against various forms of discrimination affecting poor families, women, migrant workers and specific types of establishment or sectors of activities, including the adoption of employment creation/income generation measures for poor families, a special attention to disadvantaged or marginalized categories of persons through special training activities, disabled persons, groups likely to experience discrimination in employment, agricultural workers and/or migrant workers mentioned that this category of workers was covered by the same laws that applied to nationals. However, the workers' organizations raised some difficulties to apply the principle, namely in respect of weak enforcement of the immigration law that enabled employers to make great use of illegal migrant workers who suffered discrimination.

The Expert-Advisers called for more attention to discrimination based on race, ethnicity or social origin in the government reports. "This is against a background of increasing racism in both developing countries and advanced economies, fuelled by intensified cross-border population movements, civil strife and structural socio-economic changes". To tackle this form of discrimination in employment and occupation, they also called for special government measures aimed at documenting practice and at changing people's perceptions of different social groups, challenging deeply-rooted cultural norms and social values, and modifying the way government institutions operate towards groups of workers that are vulnerable to discrimination. In this respect, migrant workers are particularly affected as they typically take on the worst jobs and suffer from inequality in pay and other terms and conditions, usually because they do not enjoy basic human rights. "This is disturbing in an era where free exchange in money, material goods and services is promoted, but where the free mobility of human beings continues to be restricted, sometimes more so than before".

7. Data collection and dissemination, surveys and information

Few reporting governments made efforts to collect and disseminate data related to the promotion of the FPRW, mostly on child labour issues.

7.1 Freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining

Few governments provided data showing a decrease of registered collective agreements, an increase in the formation of employers' and workers' organizations, or the number of industrial disputes settled collectively or under national procedures. Workers' organizations mentioned the lack of data to assess the realization of that principle. This view was supported by the Expert-Advisers, who suggested a revised report form on freedom of association that was adopted by the Governing Body in 2002 with a view to eliciting practical information among reporting States. According to the Expert-Advisers, "employers and workers and their representative organizations need to be the cornerstone of this process of broadening both the information base and the action taken in respecting, promoting and realizing the principles and rights".

This general position of the Expert-Advisers on data and information needs applied to all reporting States and to all Declaration principles and rights under the Annual Review. They recently recommended that the ILO seek new means of engaging with governments to obtain both quantitative and qualitative

information for the reporting process (e.g. through pilot exercises in selected countries and subregions) and to broaden the base of information brought to bear upon the Annual Review (e.g. in the form of multistakeholders meetings).

7.2 Elimination of all forms of forced or compulsory labour

Very few countries mentioned the availability of statistics and other information relevant to the elimination of all forms of forced or compulsory labour or contemplated to take similar measures. Some workers' organizations referred to the lack of data on that principle, and the Expert-Advisers mentioned the urgent need for identifying good practices in the area of the elimination of forced labour, such as solutions to bonded labour situations, the integration of freed labourers or the far-reaching problems linked to trafficking. Although certain practices are rooted in country-specific situations, other countries can benefit from such experiences.

Considering the scope and magnitude of trafficking in recent years and the resulting forced labour situations ranging from debt bondage to forced prostitution or slavery-like practices, as well as the increasing media attention it has attracted, the Expert-Advisers called on governments to provide as much factual evidence and information as possible. Even limited data and estimates can indicate trends and developments.

7.3 Effective abolition of child labour

Several countries reported that they had recorded data concerning that principle, including surveys that provided statistical information on the extent and nature of child labour, but this was mostly not carried out on a regular basis. In many cases these data were compiled and disseminated as the result of a national survey and used for information on awareness-raising activities on child labour and ratification purposes. Some governments published monthly and yearly statistics concerning the number of complaints dealing with child labour, migration surveys based on indicators of the system for monitoring the situation of children and adolescents, or sample surveys on economically active children displayed by age, sector of activity and number of occupational accidents including death. Statistics were also provided on the number of the number of children withdrawn from child labour and sanctions on users of child labour. Some surveys about economic activities did not involve young children and, in the majority of countries, 15 years was the lowest age to be considered for population census. However, in many cases economic surveys addressed children or everyone, regardless his/her age. Where surveys were carried out,

the results were often broken down by sex, age, occupation and type of activity, and less often by number of hours worked.

Few countries recorded information in relation to the abolition of child labour. This information was often limited to sanctions applied to users of child labour gathered from court records. Fewer countries recorded the number of children withdrawn from child labour, or the number of former child labourers currently pursuing formal or non-formal education. A very limited number of countries attached details of the information recorded. Concerning children operating in the informal economy, few governments mentioned this phenomenon.

With respect to the worst forms of child labour, most governments stated that prostitution amongst boys and/or girls was believed or suspected to exist in their countries, while few of them reported that prostitution concerned only girls, and that a number of boys and girls were involved in illicit activities or were victims of forced recruitment for armed conflict. Difficulties in realizing surveys, currently in progress, on the “true nature and extent” of the worst forms of child labour due to its “clandestine nature” were acknowledged by certain reporting States. The quality and quantity of data and information on this principle can be partly explained by the active role of the ILO/IPEC in assisting reporting States.

7.4 Elimination of discrimination in employment and occupation

Many governments reported that statistics and information on the elimination of discrimination in employment and occupation were collected on a regular basis, but few of them provided specific information. Certain governments pointed out the lack of relevant data or institutional capacity to assess effectively the factual situation in their respective countries.

The Expert-Advisers highlighted the importance of documenting and exchanging good practices on the elimination of discrimination and the promotion of equal opportunities in employment and occupation between countries that have already ratified Convention Nos. 100 and/or No. 111 and those that have not yet done so. The sharing of experiences would help enhance the understanding of the nature and scope of the problems and perfect the tools and measures required to address them. It would also contribute to building consensus among governments and social partners across and within countries about the social and economic value of equal employment opportunities. These experiences will facilitate the adoption of a more inclusive approach to understanding and overcoming discrimination, through the recognition of the different grounds and forms of discrimination. In this respect, it is essential to have coherent data collection. Once the parameters of discrimination are identified, they can be addressed more effectively.

8. A regular and constructive national, regional and global dialogue

Reporting is a prerequisite to dialogue. This explains the importance given to government reporting rate by the Expert-Advisers, the Governing Body and the Office. The Governing Body has always endorsed the Expert-Advisers' recommendations concerning assistance to countries that have never fulfilled their reporting obligations and those that were able to report only irregularly. The Office – in particular through the Declaration Programme, the Sub-Regional Offices and Area Offices and the Turin Centre – has concentrated its assistance to these countries by mobilizing its material and technical resources to get in touch and assist them in taking stock of the situation and moving forward in the reporting process.

The Annual Review system lies on government reports, employers' and workers' organizations' comments and national, regional and international dialogue on how to make progress in the path towards the realization of the FPRW. This process – in which governments and employers' and workers' organizations, as well as the Declaration Expert-Advisers and the ILO Governing Body are being actively involved – has brought positive changes in promoting and realizing FPRW among reporting States.

8.1 At national level

Consultations of employers' and workers' organizations in the reporting process

The national dialogue on the respect, promotion and realization of the FPRW has been first of all fostered by the Annual Review report forms that enquired about national consultations for the preparation of government reports and comments by employers' and workers' organizations. This binding constitutional obligation enshrined in Article 23 of ILO Constitution has been regularly fulfilled by most reporting States, even if few of them clearly describe the consultation process. Many governments consulted employers' and workers' organizations by sending them their reports and integrating the comments received. However, a number of other governments held tripartite consultations with the social partners to discuss the reports and ways to further promote the FPRW at national level, including ratification prospects. In both cases, the comments by employers' and workers' organizations were either directly integrated in the government reports or sent separately to the ILO with or without government response them. Where relevant, responses to comments by the employers' and or workers' organizations were further requested by the ILO. This was a means of further encouraging debates on challenges, and solutions for better realizing the FPRW.

The debate on challenges and means of solving them

Some governments raised various challenges that had been encountered in implementing the FPRW, such as economic and social conditions, contextual and legal factors. However, most concerns were raised by employers' or workers' organizations and debated under the Annual Review in a positive way implying a better respect, promotion and/or realization of the Declaration principles and rights.

Tripartite consultations and involvement of employers' and workers' organizations in national activities

Most countries report that they held tripartite discussions on specific measures to respect, promote and realize the FPRW. Concerning freedom of association and the right to collective bargaining, the involvement of employers' and workers' organizations, often within a national tripartite body, has been made both at macro-level policy and at legislation drafting and enforcement level. The social partners were also involved in the development and the implementation of the various measures to promote that principle.

On forced labour issues, employers' and workers' organizations were involved with the government institutions, and sometimes the civilian society, in the identification, emancipation and/or rehabilitation of persons subject to forced labour, in ratification process, or in implementing government measures in relation to that principle.

With respect to child labour, employers' and workers' organizations were involved with government bodies and NGOs in: (i) general consultations on child labour issues; (ii) the process for the withdrawal and rehabilitation of child workers in certain industries; (iii) task forces for the elimination of child labour; (iv) the adoption and promotion of sectoral codes of conduct against child labour; (v) awareness-raising and information campaigns; and/or (vi) ratification process. Many of these activities were carried out in the framework of ILO/IPEC country programmes and in cooperation with NGOs, donor agencies and/or other international organizations.

On discrimination issues, employers' and workers' organizations were involved in both the development and implementation of relevant governmental measures, the tripartite formulation of national labour policies, or the elaboration of tripartite guidelines on non-discriminatory job advertisements. Concerning legal issues, law enactment, revision and/or enforcement, employers' and workers' organizations participated in this process, mostly in the framework of tripartite general agreement relating to FPRW.

The role of government agencies, NGOs and religious groups

A number of reports, mostly from developing countries, pointed out the valuable assistance for the promotion of the Declaration principles and rights

that had been provided by donor government agencies from Belgium (CB), Canada (CIDA), Denmark (DANIDA), France (CF), Germany (GTZ), Norway (NORAD), Spain (AECI), Sweden (SIDA), the United Kingdom (DFID) and the United States (USAID).

The important role of non-governmental organizations (NGOs) was evoked in many government reports, especially in relation to all Declaration principles and rights. Some other countries referred to the work of women's associations and the involvement of religious groups in promoting the FPRW.

8.2 At regional level

Many regional fora – such as the Social Commission of the African Union (AU), the East African Community (EAC), the African Development Bank (AfDB), the Economic Commission of West African States (ECOWAS), the Southern African Development Community (SADC), the Organization of American States (OAS), the Common Market of the Southern Cone (MERCOSUR), the Organization of Arab States (OAS), the Gulf Cooperation Council (GCC), the Arab Labour Organization (ALO), the Asian Development Bank (AsDB) and the European Union (EU) – provided an additional opportunity for the promotion of fundamental principles and rights at work, as universally defined within the 1995 Copenhagen Social Summit and the 1998 ILO Declaration. For instance, the Labour and Social Affairs Commission of the African Union has continued to place the Declaration and its follow-up on the agenda of its annual meetings. In the Americas, a Declaration-sponsored project is accompanying the Labour-Ministers' meetings in the context of enhanced hemispheric cooperation. In Europe, the Charter of Fundamental Rights of the European Union (adopted at the Nice Summit in December 2000) echoed the relevance of the FPRW in globalization. In addition, some reports and comments mentioned regional economic integration arrangements in relation to fundamental principles and rights at work (e. g. Mauritius and Mozambique on SADC; Morocco on ALO; Uganda on the African Charter on the Rights and Welfare of the Child; the Czech Republic on the European Social Charter and a European Union Directive). Some Memoranda of Understanding have been signed between the ILO and regional organizations (e.g. the EAC).

In terms of cooperation with regional financial institutions, the African Development Bank (AfDB) and the Asian Development Bank (AsDB) were committed to promote the FPRW in their activities. For example, following a Memorandum of Understanding between the ILO and the Asian Development Bank³⁶ approved by in 2002 by the Governing Body, the ILO “may be

³⁶ See full text in GB.283/LILS/4/2.

engaged to implement ADB-financed loan and grant activities” in fields such as fundamental principles and rights at work. In 2000, the two organizations had actually agreed to carry out a pilot project in Bangladesh, Nepal, Philippines and Thailand that explored: (a) whether and to what extent failing to take account of international labour standards was harmful to development; and (b) how the AsDB could take into account standards concerning child labour, gender discrimination and occupational safety and health. Similar actions are also being developed with the AfDB and other regional financial institutions.

8.3 At international level

The role of international employers' and workers' organizations

These organizations have played an important for the promotion of the Declaration principles and rights not only by participating in the adoption of the Declaration, but also by participating in its follow-up through comments. Under the 2000-2004 Annual Review cycles, the International Organization of Employers (IOE) outlined its position and activities with regard to the Declaration and its follow-up, reaffirming its strong support for the adoption of the Declaration and for the promotion of this instrument and its follow-up through specific projects or initiatives designed to imbed the principles of the Declaration. In this respect, the IOE produced and distributed a *Guide for Employers on the Declaration* in English, French and Spanish, and updated, in cooperation with the ILO, its 1998 *Handbook on Child Labour*. The IOE also stressed that the development of the Global Compact, had resulted in the IOE taking the lead role amongst employers in promoting the principles, and in particular the FPRW. While committing to the promotion of the Declaration principles among its members, the IOE emphasized that the Annual Review is not a complaints procedure.

With respect to the international workers' organizations – the International Confederation of Free Trade Unions (ICFTU) and the World Confederation of Labour (WCL) – their role mainly consisted in making their own observations on government reports under the Annual Review, while raising awareness of their affiliates on FPRW, and mobilizing them in providing their views on the government reports. Most of these comments differed from the information provided in government reports. The major focus was on the following order: freedom of association, forced labour, discrimination and, far behind, child labour. For example, for the first Annual Review, the ICFTU sent observations in relation to 25 countries and often expressed opinions that diverged from those of the governments. The comments by ICFTU and the WCL, together with those of national workers' organizations, have significantly decreased in the 2003 and 2004 Annual Review cycles.

The Expert-Advisers reminded the key role and responsibility of international employers' and workers' organizations in the Declaration and its vital follow-up in the globalized world, as these organizations enjoy independence from national authorities, and can provide synthetic comparative views. They strongly recommended the Governing Body to call upon these organizations to reinforce their collaboration with the Declaration Programme, notably by providing their own comments and by encouraging national organizations to take similar action. This recommendation was subsequently endorsed by the Governing Body, and the participation of employers' and workers' organizations in the reporting process has been improved by initiatives taken by the ILO field offices and the Declaration Programme.

Cooperation with other international organizations

Almost all governments cooperate directly or indirectly with the ILO in the Declaration Follow-up. Cooperation with the Declaration Programme and/or the ILO/IPEC has been mentioned in several activities, including time-bound programmes. Moreover, several countries (e. g. China, Djibouti, Eritrea, Islamic Republic of Iran, Lithuania, Myanmar, Nepal, Oman, Qatar, Suriname and Thailand) referred to cooperation with the UN, UNDP, UNICEF, UNESCO, FAO, IOM, WFP and the World Bank in the promotion and realization of the Declaration principles and rights. The Expert-Advisers recommended that ILO's cooperation with other international organizations be strengthened, since the Declaration itself calls upon the ILO to encourage efforts by other international organizations. In this respect several Memoranda of Understanding have been concluded between the ILO and these organizations and reference is specifically made to the ILO Declaration and its Follow-up (e.g. by the Inter-Parliamentary Union (IPU), the UNICEF, the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). In particular, the Declaration has been included as part of the Global Compact set up by the United Nations to reinforce partnership with the business community. The Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) gave a prominent role to the principles of the Declaration in its publications in 1996 and 2000 on international trade and core labour standards. The United Nations High Commissioner for Human Rights endorsed the Office's suggestion to include the ILO Declaration principles and rights in its teaching and informational activities.

9. The development of technical cooperation needs to promote and implement the Declaration principles and rights

Through the positive dialogue on FPRW that has been developed under the Annual Review, several countries have requested ILO technical cooperation to promote and realize the principles and rights. These requests are based on replies to the Annual Review report and relate to all Declaration principles and cover the following areas: (i) assessment in collaboration with the ILO of the difficulties identified and their implication for realizing the principles and rights; (ii) awareness-raising, legal literacy and advocacy; capacity-building of labour inspection and administration; (iii) establishing or strengthening specialized institutional machinery; (iv) cross-border cooperation; (v) data collection and analysis; (vi) employment creation, skills training and income generation; (vii) inter-institutional coordination; (viii) legal reform; (ix) policy advice; (x) sharing experiences across countries/regions; (xi) social protection systems; (xii) rural development policies; (xiii) developing labour market policies that promote equality of opportunity; (xiv) development of policies regarding equal remuneration; (xv) time-bound programmes for the elimination of the worst forms of child labour; (xvi) strengthening tripartite social dialogue; and (xvii) strengthening capacity of employers' and workers' organizations. Governments were further requested to indicate the three priority requests, and most of them focused on the assessment of difficulties, capacity-building and sharing of experiences. Employers' and workers' organizations commented mostly on the need to strengthen their capacity-building in ensuring that the Declaration principles and rights are respected, promoted and realized in their country.

Some of countries' requests have been taken into account in the provision of the ILO regular advisory services and sensitization activities, either under the Declaration Programme, which spearheads the ILO's activities and has acted as a focal point for donors interested in supporting countries expressing their requests for assistance in realizing their commitments, or under the ILO/IPEC technical cooperation programmes that are also being developed worldwide.

However, one of the major issue under the Annual Review and the Declaration Follow-up in general has been the mismatch between the increasing request and the decreasing offer for technical cooperation. Moreover, experience has proven that the Declaration technical cooperation programmes tend to be more donor-driven than demand-driven. Being aware and concerned of this general negative trend, the Expert-Advisers have recalled that the 1998 Declaration puts obligations not only on member States in regard of this new instrument but also on the ILO to help them to respect, promote and realize the fundamental principles and rights underlying the eight core Conventions.

Moreover, they have strongly and repeatedly recommended that the Governing Body launch an appeal to the donor community for substantial and durable extra-budgetary support for ILO technical cooperation under all four principles, in order to meet the high demands expressed by governments and employers' and workers' organizations. The Governing Body endorsed and voiced this recommendation, but the donor community has not so far responded massively and positively. Is this political or is it simply related to the current economic situation? Does this remain a priority for donor countries or does it fall under a global decreasing trend of multi-bilateral cooperation? Should the ILO provide for additional regular budget resources to meet countries' demands? These questions deserve thorough consideration both by donors and the ILO itself. Meanwhile, despite many successful experiences under the Declaration (e.g. in the Caribbean, Indonesia, East Africa, West Africa, Brazil, etc.) and IPEC technical cooperation programmes, this gap has certainly weakened the impact of the Declaration follow-up that has raised expectations through the Annual Review and Global Reports, but has not been able to respond adequately and sustainably to them.

10. Increased pace of ratification of the ILO fundamental Conventions

A direct effect of the Declaration and its follow-up has been to spur the momentum of the 1995 ILO Director-General campaign for the ratification of the fundamental Conventions. The immediate effect for the Annual Review has been the decrease of the reporting States from 115 in the first cycle (2000) to 74 for the current one (2005), despite that the number of ILO member States has slightly increased meanwhile. This rapid pace of ratification has certainly benefited from ratification of the Convention No. 182, the most rapid pace in ILO history (150 ratifications between June 1999 and October 2004). However, a significant number of ratifications of the other ILO fundamental Conventions has been registered under the first and the current cycles of the Annual Review. The fact is that under the 1998 ILO Declaration, all ILO member States are committed, by virtue of membership, to respect, promote and realize the FPRW, whether they have ratified or not the ILO fundamental Conventions. In the framework of the promotional and regular dialogue under the Annual Review, many governments have each year the opportunity to take a fresh look at the ILO fundamental Conventions, to review and clarify their country's situation vis-à-vis the FPRW, to assess in consultation with the social partners the obstacles standing in the way of ratification and successful implementation, but also to request ILO assistance throughout this whole process and take the necessary steps for the ratification of a given Convention. Indeed, experience under the Annual Review has shown that several governments that expressed

their intention to ratify were proud to announce, by means of effective ratification, the confirmation of their political will and commitment to the Declaration universal principles.³⁷

In creating a positive and promotional environment that is conducive to the observance of fundamental principles and rights at work, the Annual Review has indeed given a new impetus to the ratification of ILO fundamental Conventions.³⁸

IV. Concluding remarks

Six years after its adoption, the Declaration, including its promotional follow-up, has been developed by means of three complementary elements – the Annual Review, Global Reports and technical cooperation – that have together instituted a positive and regular annual dialogue on the fundamental principles and rights at work and the means of respecting, promoting and realizing them; the provision of a dynamic global picture for each set of fundamental principles and rights at work; an assessment of the effectiveness of the assistance provided by the ILO in this respect; a selection of related priorities and plans of action for technical cooperation; and the provision of technical cooperation to help realize these principles worldwide in globalized world.

In this respect, under the Annual Review, a major component of the Follow-up, a positive and regular dialogue has enabled the definition of a broad picture of the development of the fundamental principles and rights at work among reporting States. Compared to the regular supervision procedure, this picture has been drawn up in a short period of time, mostly because of the immediate reporting obligation on the fundamental principles and rights at work deriving from the Follow-up to the Declaration and applicable to ILO member States that have not ratified all fundamental Conventions, but also through the important participation of governments in this process. Moreover, the Expert-Advisers have been able to define a strategy of positive and promotional dialogue,

³⁷ See GB.277/3/1, GB.280/3/1, GB.283/3/1, GB.286/4 and GB.289/4.

³⁸ Six years before the adoption of the 1998 ILO Declaration (1 July 1992-30 June 1998), there were a total of 128 ratifications of ILO fundamental Conventions. This number almost tripled six years after, with a total of 362 ratifications between 1 July 1998 and 30 June 2004. As of 31 October 2004, one hundred and four (104) States out of 177 had ratified all eight ILO fundamental Conventions, totalizing 363 ratifications of these instruments. Considering that since 2004 the ratification pace for ILO fundamental Conventions has started to slow down, further technical cooperation activities (awareness-raising and advocacy activities, legal advisory, services, capacity-building of government institution and employers' and workers' organizations and strengthening of social dialogue) may be needed to keep up this momentum.

based in particular on: (i) the interrelation between the fundamental principles and rights at work that reinforced each other where respected; (ii) the need for governments to acknowledge the existence of a problem that relates to these principles and rights; (iv) the need for assessment of both legal, practice and factual situations; (iii) the need for an integrated approach to bring up positive results in the realization of the Declaration principles and rights; (v) the selection and sharing of successful experiences in the promotion and implementation of these principles and rights; (vi) the need for involvement of employers' and workers' organizations throughout the whole promotional and implementation process; (vii) the need to extend the Declaration principles and rights to those that tend to be denied these rights, and (viii), where necessary, request for the provision of technical cooperation to help realize the fundamental principles and rights at work and, possibly ratify the relevant ILO Conventions.

Although the most visible impact of the Annual Review dialogue has been on China and Gulf countries, many other countries have used the path of the Annual Review as a path for progressive efforts towards fuller realization of the fundamental principles and rights at work and ratification of the ILO fundamental Conventions.

However, this annual dialogue needs, first and foremost, to be enriched by a better participation of national and international employers' and workers' organizations in the Declaration and its vital follow-up in the context of a globalized world, and by the provision of both qualitative and quantitative information and data for the reporting process. In this respect, a clear picture of the situation of each country may be obtained by making an assessment of the countries' baselines vis-à-vis the fundamental principles and rights at work. These baselines would deserve a more in-depth review and discussion by the Expert-Advisers and the Governing Body, in particular concerning the means for providing an adequate response to them, in line with the Declaration's promotional follow-up. A fuller implementation of the Declaration principles and rights would need a more direct interaction between the Expert-Advisers and the Governing Body.

For a number of countries, this implementation cannot be achieved without a regular and substantive support through technical cooperation. The major current gap in the Follow-up to the Declaration consists in its incapacity to meet the high demands expressed by governments and employers' and workers' organizations. The Declaration and its Follow-up cannot continue to raise expectations and not to respond to the majority of them. The Expert-Advisers and the Governing Body have several times reiterated their call for the donor community's support to the Declaration's follow-up, but with no tangible results. Meanwhile, the promotional system needs to be developed if the ILO expects fuller realization of the Declaration principles and rights. Therefore, the Office should respond to these unmet requests through an integrated approach for the Follow-up to the Declaration involving its headquarters and field units.

Indeed, if these Declaration objectives were met, the 1995 Copenhagen Social Summit and the ILO would then have made a significant contribution to a fair globalization for a better world where economic priorities would go in hands with social justice and progress, and where a more balanced repartition of the world wealth between developed and developing countries and within these countries would contribute to combat the scourge of poverty that often lies behind the non-respect of human rights.

Referring to the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up, Nicolas Valticos wrote that “it would not be misplaced to term this Declaration historic, adding as it does a new dimension to the existing instruments for giving effect to the ILO core standards in all spheres relating directly to human rights”.³⁹ Human rights at work are the cornerstone of this instrument, and dignity and decent work are the common denominator of its principles. As has been reiterated by the Declaration Expert-Advisers, the fundamental principles and rights at work are interlinked, and by nurturing social justice in globalization, they are a source of global lasting peace, stability and balanced economic progress.

³⁹ See Nicolas Valticos, “International labour standards and human rights: Approaching the year 2000”, *International Labour Review*, vol. 137, 1998, pp. 135-145.

Deconstructing flexibility in international labour Conventions

*George P. Politakis**

I. Introduction

From the earliest international labour Conventions, which allowed certain countries to apply less strict standards in view of their climatic conditions, to modern instruments, divided into mandatory and optional parts and offering possibilities for progressive ratification, ILO standards have undergone profound change in both form and substance. However, despite the inevitable evolution of legislative practices and procedures in the eighty-five years of the Organization's existence, flexibility remains, as ever, a basic parameter for all standard-setting.¹

Flexibility, as both working tool and policy objective, stands out as an overriding feature of the ILO's past normative action, just as it dominates any prospective standard-related discourse. Praised by McMahon as one of those "extraordinary legal characteristics" of the ILO's legislative techniques,² flexibility is today omnipresent in the Organization's standards work. Browsing through the Conference proceedings, it can easily be seen that flexibility is in

* Social Protection and Labour Conditions Branch, International Labour Standards Department.

¹ More generally, flexibility has always been seen as a key element in ILO constitutional theory and practice. It will be recalled that in its first report the Conference Delegation on Constitutional Questions which formulated the instrument of constitutional amendment of 1946 drew attention to four "general considerations of long-range constitutional policy" – the first being flexibility. In the words of the report, "flexibility is the first essential of a good constitution. The circumstances in which it may have to be applied in the future cannot now be foreseen and are likely to change greatly in the course of years. Flexibility allows of growth and of adaptation to the needs and opportunities of the unknown future; rigidity is likely to result in frustration rather than progress"; see International Labour Conference, 29th Session, 1946, *Report II(1)*, p. 15.

² See McMahon, "The Legislative Techniques of the International Labour Organization", *British Yearbook of International Law*, vol. 41, 1965-66, p. 102.

all spirits. Flexibility is among the most frequently used terms in the Conference jargon, probably the most cherished catchword of all delegates, a standard reply in supporting or opposing draft amendments, a constant concern of those drafting Office reports and the recurrent word of achievement in all closing speeches. Often, it is an easy discourse; at times it may also be a misnomer for evasiveness; yet, above all, it crystallizes the Organization's quest for practical ways of promoting convergence in a world marked by enormous disparities and deepening asymmetries in social development.

The question of flexibility is closely linked to a number of other broader standards-related issues, such as the choice between "universal" and "regional" standards, the problem of premature ratification, the financial and administrative cost of implementation, or the effectiveness of ILO supervision in case of gradual application.³ Most importantly, flexibility is at the epicentre of the ongoing debate on the continued relevance of international labour standards, the falling rate of ratification, and the form and extent of the binding nature of future instruments. It is interesting to note that, for the employers, the only suitable way of repairing "this vast, unmanageable and intricate patchwork quilt of Conventions" would be "to replace it with a smaller number of new instruments, flexible enough to apply in countries at different stages of development and with widely varying conditions, which incorporate basic principles and general provisions formulated with the object of serving as guidelines for the upward harmonization of social and labour conditions in all parts of the world".⁴ For their part, the workers fear that flexibility is merely a euphemism for deregulation and the eventual dismantling of the "international labour code". Or, to recall Wilfred Jenks' eloquent remark, "flexibility is not an end in itself. The maximum of flexibility is secured by the absence of any international standard".⁵

The question of flexibility has not escaped the gifted pen of Nicolas Valticos. In his numerous writings, he often cautioned against the misuse of the concept of "adaptability" or "flexibility". Putting the problem in its right dimensions, he observed that "le problème [est] d'obtenir le degré de souplesse permettant de tenir compte de l'inégalité du degré de développement des pays tout en évitant qu'un excès de souplesse fasse perdre aux normes toute signification réelle" and raised the question "si le souci de souplesse qui a inspirée les

³ See the remarks by G. Chike Okogwu, "Labour standards across countries with different levels of development" in Werner Sengenberger and Duncan Campbell (eds.), *International labour standards and economic interdependence*, 1994, pp. 145-157 and Trilok Singh Papola, "International labour standards and developing countries", *ibid.*, pp. 177-183.

⁴ See Hans-Göran Myrdal, "The ILO in the cross-fire: Would it survive the social clause?" in Sengenberger and Campbell, *op. cit.*, *supra* note 3, p. 346.

⁵ See Wilfred Jenks, "ILO Standards: Are they Obsolete, Premature, Marginal or Important?" in *Social Policy in a Changing World: The ILO Response*, ILO, 1976, p. 92.

différentes formules utilisées n'a pas eu pour résultat de faire passer au second plan le besoin d'uniformité et de réciprocité des obligations internationales découlant des conventions".⁶ Elsewhere, he wondered whether "le danger ne serait-il pas qu'en voulant rendre ces conventions acceptables à des pays de conditions très différentes on les vide de plus ou moins de leur contenu? Le danger n'est pas imaginaire et tout l'effort, lors de l'élaboration des conventions, consiste donc à trouver le juste milieu entre l'écueil de l'excessive rigidité et celui d'un trop grand laxisme".⁷ More recently, he reaffirmed his latent scepticism on the question of setting boundaries for well-advised flexibility and wrote: "it all depends on what is meant by flexibility. It goes without saying that the provisions of standards must be flexible enough to be applied to a variety of countries and situations. However, if what is proposed is to make their wording so loose as to render them inoperative, it would then amount to betraying the Organization's mandate, which is to bring about a real improvement in working and living conditions".⁸

The issue of flexibility was last examined in an Office Note reviewing the range of flexibility devices which had been used and the extent to which they had found application in the standards adopted in the twenty-year period between 1969 and 1989.⁹ The following pages examine the evolution of the theory and practice of flexibility in relation to the drafting of international labour Conventions over the past fifteen years (i.e. the period 1989-2004), placing the question of flexibility in the context of the broader debate about the future of the ILO's normative policy.

⁶ See Nicolas Valticos and Francis Wolf, "L'Organisation internationale du Travail et les pays en voie de développement: techniques d'élaboration et mise en œuvre de normes universelles", Société française pour le droit international, Colloque d'Aix-en-Provence, 1974, p. 132.

⁷ See Nicolas Valticos, "Normes universelles et normes régionales dans le domaine du travail", Société française pour le droit international, Colloque de Bordeaux, 1976, p. 296.

⁸ See Nicolas Valticos, "The ILO: A retrospective and future view", *International Labour Review*, vol. 135, 1996, p. 477.

⁹ See GB.244/SC/3/3. See also J.M. Servais, "Flexibility and rigidity in international labour standards", *International Labour Review*, vol. 125, 1986, pp. 193-208.

II. Looking back

Traditionally, the point of departure of any study on flexibility as a component of standard-setting is a reference to Article 19(3) of the Constitution, which authorizes the Conference to introduce such modifications in Conventions and Recommendations as may be required by the substantially different industrial conditions prevailing in certain countries, notably due to climatic conditions, the imperfect development of industrial organization or other special circumstances. This clause was introduced at the persistent request of certain Asian countries and focused mainly on the particularly difficult climatic conditions in tropical regions that might render the application of normal standards impracticable.

From the outset, the Organization sought to define special country clauses to be included in the draft Conventions under consideration. At the first session of the Conference, held in Washington in October-November 1919, a Commission was set up on the Application of the Hours of Work Convention to Special Countries, as provided in Article 405 of the Treaty of Peace, and adopted recommendations on possible modifications to the 8-hour day in respect of Japan and India.¹⁰ Similarly, India and Siam were permitted to apply less exacting standards under the Night Work (Women) Convention, 1919 (No. 4), while specific modifications were made applicable to Japan and India under the Minimum Age (Industry) Convention, 1919 (No. 5), and the Night Work of Young Persons (Industry) Convention, 1919 (No. 6). It soon became obvious, however, that the approach of mentioning countries by name and practically tailoring standards to their wishes was futile and should be discontinued, all the more so as many of the countries benefiting from those nominal derogation clauses never ratified the conventions in question.¹¹

In any event, the fact that the ILO Constitution already makes provision for modifying the provisions of Conventions to meet special circumstances has been one of the arguments advanced by the Organization in justification of its resistance to reservations. As stated in the Memorandum submitted by the Office to the International Court of Justice in the context of the *Reservations to the Convention on Genocide Case*, “the object of the framers of the Constitution, in imposing on the Conference an obligation to give preliminary consideration to

¹⁰ The Commission also suggested that the Convention could not be applied to either Persia or Siam while it was unable to reach any conclusion as regards South Africa; see International Labour Conference, 1st Session, 1919, *Record of Proceedings*, pp. 229-232. As finally adopted, the Hours of Work (Industry) Convention, 1919 (No. 1), contains numerous modifications and conditions applicable to Japan (Art. 9), a specific clause on 60-hour week for British India (Art. 10), and further provisions deferring application of the Convention in respect of Greece (Art. 12) and Romania (Art. 13), and excluding altogether China, Persia and Siam from its scope of application (Art. 11).

¹¹ On this point, see Francis Maupain, “L’OIT, justice sociale et la mondialisation”, *Recueil des Cours de l’Académie de droit international*, vol. 278, 1999, pp. 251-256.

the special circumstances of each country, was to prevent States from pleading, after the adoption of a Convention, a special situation which had not been submitted to the Conference's judgment".¹² Although the Office has consistently argued that provisions of international labour Conventions permitting qualifications of the obligations assumed by ratification "are in no way comparable to reservations both from a legal and from a practical point of view",¹³ the truth is that what in the Office jargon have come to be known as "flexibility clauses" produce practically the same effects as other treaty reservations with the noticeable difference that the scope of permissible "flexibility" in each particular case is well-specified in the text of the Convention itself, which by extension means that the in all but name "reservation clauses" in international labour Conventions are always subject to tripartite discussion and approval.

In his 1963 Report to the Conference, the Director-General referred to the meaning and limits of flexibility as a general policy consideration of outstanding importance. In his words, the "Conventions should, unless they deal with a simple issue of fundamental principle and contain no detail, be sufficiently flexible in character to be susceptible of application under widely varying national conditions. The question is primarily one of good judgment applied to the facts of particular cases. A Convention should deal with essentials; it should not contain rigid requirements in regard to matters in respect of which national practice may reasonably vary widely".¹⁴ He added, however, these words of caution: "this general approach should not, of course, be carried to the point at which the Convention ceases to be worth having. A measure of flexibility the result of which is that a large proportion of the Members of the Organization are not called upon to do more than they are already doing may deprive an international standard of much of its value as a stimulus to further action and achievement and may encounter strong but inherently reasonable opposition in the Conference for this reason".¹⁵

The issue of flexibility was again addressed in the Report of the Director-General to the 70th session of the Conference, 1984, dealing with the ILO's standard-setting activities. The Report reaffirmed the existence of a general

¹² See *Memorandum by the International Labour Office on the practice of reservations to multilateral Conventions*, dated 12 January 1951, *Official Bulletin*, vol. 34, 1951, p. 284. And elsewhere, it is observed that "the governing constituent instrument, the Constitution of the International Labour Organization, provides a procedure for the modification of the provisions of Conventions to meet special circumstances and a wide range of further procedures, adapted to the circumstances of individual cases, are provided for by the terms of the various Conventions; provision has therefore been made for the necessary flexibility by other procedures expressly sanctioned by the Constitution and the Conference"; *ibid.*, p. 288.

¹³ *Ibid.*, p. 286.

¹⁴ See International Labour Conference, 47th session, 1963, *Report of the Director-General*, p. 169.

¹⁵ *Ibid.*

consensus to the effect that ILO standard-setting should continue to be on a universal basis and that differences in national conditions and levels of development should be taken into consideration by the inclusion of appropriate flexibility devices. It praised the consistent effort to develop such devices in the course of the preparation of ILO instruments and mentioned as examples Conventions that may be ratified in parts, limitations on scope, “escalator” clauses permitting the gradual raising of the level or extension of the scope of protection, temporary exceptions, and the specific case of promotional Conventions which merely set out objectives and leave a great deal of freedom in deciding on the methods of their attainment. Most interestingly, the Director-General’s Report pointed to the contradiction between the limited use that has been made of the flexibility clauses contained in certain Conventions and the claims by the representatives of member States that ILO standards are not sufficiently flexible. While wondering whether countries thoroughly examine the various flexibility possibilities offered by Conventions before ratifying them, the Report concluded that more ample information and advice to member States was needed.¹⁶

In the ensuing Conference discussion, it became clear that the real question was not the desirability of building flexibility into standards, but rather where to draw the limits of flexibility. To put it schematically, while for some too much flexibility might lead to an undue watering down of standards, others preferred to emphasize the need for flexibility as a reason for calling for increased recourse to non-binding instruments such as Recommendations. Yet, it was commonly agreed that there should be no room for flexibility in the case of standards concerning basic rights such as freedom of association, the abolition of forced labour and the elimination of discrimination.¹⁷

The Working Party set up by the Governing Body to follow up the 1984 Conference discussion on international labour standards submitted its final report in February 1987, which contained a number of points on the issue of flexibility. In the first place, the report called for a systematic and methodical examination of the various flexibility devices which should be incorporated in Conventions. It noted that such devices should be aimed at enabling the greatest number of States progressively to ensure the intended level of protection, but reaffirmed that there was no scope for flexibility in Conventions on fundamental human rights and basic freedoms. It also noted that the very concept of flexibility was ill-defined and was open to sharply contrasting interpretations. On the one hand, employers’

¹⁶ See International Labour Conference, 70th Session, 1984, *Report of the Director-General*, pp. 16-17.

¹⁷ See International Labour Conference, 70th Session, 1984, *Record of Proceedings*, p. 44/11. See also Follow-up of Conference discussion on international labour standards, GB.228/4/2, paras. 23-26. Amongst many suggestions, it should be noted the proposal of the Government of India according to which Conventions should be divided into three distinct parts: the first enunciating principles and objectives, the second laying down minimum standards within early reach even of developing countries, and the third setting higher standards as a longer term objective.

organizations were in favour of more flexible and less detailed standards, as they attributed the low number of ratifications to the technicality or inflexibility of certain instruments, while on the other hand workers' organizations considered that excessive flexibility would render standards meaningless and warned of the dangers of adopting minimalist Conventions lacking clearly-defined obligations.¹⁸

The study on flexibility devices, which was completed in October 1989, reviewed the range of flexibility clauses used in the standards adopted in the period 1969-1988. It concluded that "the degree of flexibility to be allowed in any given instance can never be the result of an automatic process of analysis or of bureaucratic dictation", and that the debate on flexibility reflects "the differing perceptions held by the constituents concerning the balance to be maintained between the need for realism and the need to endow international labour standards with a dynamic thrust".¹⁹ The study noted that many and varied forms of flexibility had been refined over the past two decades, especially with respect to revising Conventions, and emphasized that in the course of its promotional and advisory activities the Office should seek to increase awareness among the Organization's constituents of the significantly greater flexibility possibilities offered by modern instruments.

III. Flexibility devices: an inventory

Over the years, the Organization has developed an impressive array of flexibility clauses which affect the scope and content of international labour standards in various degrees and forms. What all the different elements of flexibility have in common is that they offer a reasonable measure of discretion, permitting countries to adapt the obligations arising from the formal acceptance of an international labour Convention to the evolution of national socio-economic conditions. They may allow for limitations to the coverage of an instrument, qualify the thrust of substantive provisions or afford a certain latitude in determining the form and timing of implementation measures. Occasionally, they may also relate to the structure of Conventions by making provision for partial ratification or a possible distinction between compulsory and optional standards. Most of the ILO Conventions adopted in the last fifteen years offer a combination of several of the above elements, as analysed in greater detail below.

¹⁸ See *Official Bulletin*, vol. 70, 1987, Series A, Special Issue, pp. 3-4, 22-23. Employers' organizations proposed a number of formulas, including that of "framework Conventions", particularly suitable for occupational safety and health standards, to be supplemented by a set of guidelines approved and updated by committees of experts.

¹⁹ See GB.244/SC/3/3, p. 19.

1. *Flexibility with respect to the material or personal scope of application*

1.1 Limitations *ratione materiae*

In some cases, Conventions of general scope exempt specific sectors of economic activity from their application. For instance, Article 2(1) of the Night Work Convention, 1990 (No. 171), expressly excludes from the coverage of the Convention persons “employed in agriculture, stock raising, fishing, maritime transport and inland navigation”. This provision gave expression to the prevailing view that there were special factors and circumstances unique to these sectors that rendered the Convention inapplicable.²⁰ Other instruments leave room for limiting the scope of the obligations accepted with respect to branches of activity or particular establishments where serious difficulties of application are encountered. Such a clause is to be found, for example, in Article 1(2) of the Working Conditions (Hotels and Restaurants) Convention, 1991 (No. 172), which permits the exclusion of certain types of establishments which fall within the definition of hotels and restaurants “but where nevertheless special problems of a substantial nature arise”.²¹

In various other instances, exceptions are authorized on condition that the overall protection afforded to the workers concerned is not inferior or less favourable than that provided for in the Convention. Under Article 1(2)(a) of the Chemicals Convention, 1990 (No. 170), the competent authority of a ratifying State may exclude particular branches of economic activity, undertakings or products from the application of the Convention when the overall protection afforded in pursuance of national law and practice is not inferior to that which would result from the full application of the provisions of the Convention. Practically the same provision is contained in Article 2(2)(a) of the Safety and Health in Mines Convention, 1995 (No. 176), which permits the exclusion of certain categories of mines from the application of the Convention “if the overall protection afforded to these mines under national law and practice is not inferior to that which would result from the full application of the provisions

²⁰ The Worker members explained that they had to agree to these exclusions fearing that another even more dangerous provision might be adopted which would allow governments to exclude entire industries and economic sectors, and added that allowing governments to evade all their obligations at their own discretion was a direct threat to ILO standard-setting. Replying to these criticisms, some Government delegates expressed the view that there was no intention to sacrifice standards on the altar of flexibility, but simply to recognize the diversity of situations; see International Labour Conference, 77th Session, 1990, *Record of Proceedings*, p. 26/7.

²¹ This proviso was adopted practically without discussion. The only clarification given on this point was that the intent was to enable the ratifying member States to determine the scope of coverage in the light of national law and practice and in consultation with the social partners; see International Labour Conference, 77th Session, 1990, *Record of Proceedings*, para. 61, p. 28/9.

of the Convention".²² In slightly different terms, Article 1(4) of the Prevention of Major Industrial Accidents Convention, 1993 (No. 174), provides that ratifying States may exclude from the application of the Convention "installations or branches of economic activity for which *equivalent protection* is provided",²³ while Article 2(4)(b) of the Private Employment Agencies Convention, 1997 (No. 181), allows for the exclusion under specific circumstances of workers in certain branches of economic activity, or parts thereof, from the scope of the Convention "provided that *adequate protection* is otherwise assured for the workers concerned".

The above four exclusion clauses require prior consultations with the most representative organizations of employers and workers concerned, but only Conventions No. 176 and No. 181 provide that a State which avails itself of the possibility of exclusions must report regularly on the reasons and scope of such exclusions. The rationale is of course that in this manner member States have to examine from time to time whether any existing exclusions are still relevant or needed and hopefully decide at some point to eliminate them and apply the Convention without any exceptions. The only express obligation to this effect is to be found in Convention No. 176, which requires member States that have made use of the permissive provision on exclusions to make plans for progressively extending the coverage of the Convention to all excluded enterprises.

These clauses, generally known as "substantial equivalence" clauses, have often been criticized as lacking clarity and rendering interpretation and supervision particularly difficult. In his 1984 Report to the Conference, the Director-General openly advised against any use of such clauses which went beyond a reasonable degree of flexibility. In his words, "they lay a considerable responsibility on the supervisory bodies in determining what can be regarded as substantially equivalent protection, and may lead to controversy and uncertainty. While substantial equivalence clauses may in some circumstances prove useful, in general it would appear preferable to aim at more precise delimitation of flexibility".²⁴ In slightly different terms, Article 6(6) of the Seafarers' Identity Documents Convention (Revised), 2003 (No. 185), while reaffirming the principle that seafarers do not need to apply for visas for shore leave, provides that

²² At both Conference discussions, it was suggested to delete any clause allowing for exceptions but this proposal met with strong opposition – and ultimately failed – on the grounds that the exemption of certain mines provided the flexibility needed for wide ratification by member States; see International Labour Conference, 81st Session, 1994, *Record of Proceedings*, p. 26/6 and International Labour Conference, 82nd Session, 1995, *Record of Proceedings*, p. 19/10.

²³ The provision was criticized as being contrary to the objective of the Convention which was the prevention of major accidents and therefore no exclusion should logically be envisaged; see International Labour Conference, 80th Session, 1993, *Record of Proceedings*, p. 23/5.

²⁴ See International Labour Conference, 70th Session, 1984, *Report of the Director-General*, pp. 22-23.

member States that are not in a position to fully implement this requirement have to ensure that “*substantially equivalent* arrangements” exist under national laws and regulations or practice.²⁵

1.2 Limitations *ratione personae*

Certain Conventions make explicit reference to categories of workers which fall outside their scope of application. By way of example, reference may be made to Article 2(2) of the Private Employment Agencies Convention, 1997 (No. 181), which provides that the Convention does not apply to the recruitment and placement of seafarers.²⁶ In other cases, Conventions provide for permissible limitations with respect to persons whose conditions of employment are such that the application of the Convention or of specific provisions to them would be inappropriate. For instance, under Article 4(2) of the Protection of Workers’ Claims (Employer’s Insolvency) Convention, 1992 (No. 173), specific categories of workers, in particular public employees, may be excluded from either or both Parts of the Convention “by reason of the particular nature of their employment relationship”.²⁷

Considerable flexibility as to the personal scope of application may also be introduced by provisions allowing for the exclusion of certain categories of workers on account of particularly important problems of application. For instance, under Article 2(2) of the Night Work Convention, 1990 (No. 171), ratifying States may exclude wholly or partly from its scope “limited categories of workers when the application of the Convention to them would raise special problems of a *substantial nature*”.²⁸ An almost identical provision is to be found in

²⁵ The principle of substantive equivalence was inserted to accommodate those States, including some major port States, which would not otherwise have been able to ratify the Convention due to security concerns and severe immigration law requirements; see International Labour Conference, 91st Session, 2003, *Report VII(2A)*, pp. 139-146 and International Labour Conference, 91st Session, 2003, *Record of Proceedings*, pp. 20/63-20/66.

²⁶ The exclusion of the placing of seafarers was considered necessary because of the prior adoption of the Recruitment and Placement of Seafarers Convention, 1996 (No. 179); see International Labour Conference, 85th Session, 1997, *Report IV(2)*, pp. 32-33.

²⁷ As the preparatory work indicates, this exception clause was meant to apply to employees of employers who are not subject to bankruptcy legislation or other insolvency proceedings, such as those employed by the State or other State-owned industrial or commercial enterprises which, legally speaking, are not liable to be declared insolvent, although it could also apply to persons in managerial positions within the enterprise or to the employer’s immediate family members in the interest of preventing abuse; see International Labour Conference, 79th Session, 1992, *Report IV(2A)*, p. 38. See also International Labour Conference, 79th Session, 1992, *Record of Proceedings*, para. 79, p. 25/8.

²⁸ It should be noted that at the first Conference discussion, the Employer members proposed the deletion of the term “limited” to allow greater flexibility for governments in deciding which categories might need to be excluded, while the Worker members submitted an amendment

Article 3(1) of the Part-Time Work Convention, 1994 (No. 175), which provides for the possibility of excluding from the scope of the Convention “particular categories of workers or establishments when its application to them would raise particular problems of a substantial nature”. This provision gave rise to considerable debate, with the Worker members opposing what they considered to be an open invitation to unlimited or permanent exclusions, and the Employer members arguing on the contrary that the scope of the Convention should be formulated in a sufficiently flexible way to facilitate its ratification.²⁹ The same reference to “special problems of a substantial nature” is also made in Article 2(2) of the Maternity Protection Convention, 2000 (No. 183), and Article 3(1)(a) of the Safety and Health in Agriculture Convention, 2001 (No. 184), as the only possible grounds for excluding limited categories of workers from the scope of the respective Conventions. Under both instruments, member States availing themselves of the exclusion clause are required to consult beforehand with representative organizations of employers and workers and are also obliged to report regularly on the measures taken with a view to progressively extending the coverage of the Convention to the categories concerned. A further example is Article 2(1) of the 1995 Protocol to the Labour Inspection Convention concerning the extension of the application of the Convention to activities in the non-commercial services sector, which permits ratifying States to exclude wholly or partly from its scope employees of national (federal) government administration, and the members of armed, police or prison services “if the application of the Convention to any of these categories would raise special problems of a substantial nature”.³⁰

to provide that any exclusion could be decided only “on a temporary basis”; see International Labour Conference, 76th session, 1989, *Record of Proceedings*, p. 30/11.

²⁹ Extensive consideration was given to alternative terms such as “limited” or “specific” categories and “special” problems in an effort to reconcile the conflicting interests of preserving a certain measure of flexibility while at the same restricting the possibility for broad exceptions; see International Labour Conference, 80th Session, 1993, *Record of Proceedings*, pp. 27/11-27/13. In its final wording, the exclusion clause was accepted upon the understanding that exclusions could only be made when the problems of application were so serious that no alternative solutions could be found to meet the requirements of the Convention; see International Labour Conference, 81st Session, 1994, *Record of Proceedings*, pp. 23/16-23/18.

³⁰ This permissive clause was extensively debated at the second Conference discussion; see International Labour Conference, 82nd Session, 1995, *Record of Proceedings*, pp. 20/17-20/38. While the need for flexibility was commonly acknowledged, concerns were voiced as to the significantly expanded scope of the categories of workplaces to be excluded. The Worker members cautioned that too many holes in the Protocol would make it look like Swiss cheese, while the Employer members opposed flexibility at any cost; *ibid.*, pp. 20/17, 20/24. With regard to how the term “problems of special nature” would be defined and what criteria should apply in qualifying such problems as “special”, it was explained that it would be the responsibility of member States to interpret this provision subject to any subsequent comments made by the Committee of Experts; *ibid.*, p. 20/32.

2. *Structural flexibility*

2.1 Conventions divided in parts to be ratified separately or together

In certain cases, flexibility relates not to the drafting of specific provisions, but to the structure of the instrument as such. For instance, a Convention may be divided in two parts to be ratified either together or separately. The practical advantage of such an arrangement is that it offers a wide range of options to ratifying States, especially in situations where the systems of social protection differ considerably and do not permit a unified approach. This is the case of Convention No. 173, which proposes a first set of standards seeking to protect workers' wage claims in the case of the employer's insolvency by means of a privilege, and another set relating to the protection of such claims through the intervention of an independent guarantee institution. Under the terms of Article 3, paragraphs 1 and 2, of the Convention, a member State may at the time of ratification accept the obligations arising out of either part or both parts, while a member State which has initially accepted the provisions of only one of the two parts may at any time by separate declaration communicated to the Director-General extend its acceptance to the other Part.³¹ The adoption of the Convention was the outcome of a long preparatory process during which it had become clear that any new standards should be framed in a two-thrust instrument. According to the report of the 1985 tripartite meeting of experts, for instance, "[most experts] felt that revised or new international labour standards were necessary, even if they had to be very *flexible* in order to account for the different national realities, and were of the opinion these standards might provide for wage guarantee funds or for other measures for effective protection".³² Similarly, at the first Conference discussion, several Government delegates stated that "in view of the very different social, cultural, economic and legal environment prevailing in the member States of the ILO, it was very difficult to conceive international standards which were adaptable to all situations and therefore if

³¹ As the Chairperson of the Conference Committee stated in presenting the report of the Committee to the plenary, "any member State ratifying the Convention will be free to choose, in the light of its economic and social conditions, whether it will protect workers' claims in keeping with the Part of the Convention which establishes a privilege, or in keeping with the Part of the Convention which establishes a guarantee institution. It may also decide to protect workers' claims both through a privilege and a guarantee institution. Moreover, and here again we laid the stress on *flexibility* and realism, a member State which has chosen to protect workers' claims through a privilege and a guarantee institution shall enjoy the right to establish the guarantee institution progressively"; see International Labour Conference, 79th Session, 1992, *Record of Proceedings*, p. 30/5. As of June 2004, Convention No. 173 had received a total of 15 ratifications, nine member States having accepted only the obligations of Part II, four others only those of Part III, and two having accepted both Parts.

³² See "Report of Meeting of Experts on the Protection of Workers in the Event of the Insolvency of their Employer (Geneva, 5-8 March 1985)", appended to GB.230/5/2, p. 8.

the Conference had the intention of adopting a Convention it had to be a very flexible one which set out only the most general principles. A Convention consisting of two parts, such as the one proposed by the Office, corresponded well to this need for flexibility on which it was necessary to insist".³³

Inversely, other Conventions provide that a ratifying State may exclude a particular part from its acceptance. This is the case, for example, of the Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, 1975 (No. 143), which is divided into two parts, the first dealing with the management of migrations in abusive conditions and the second with equality of opportunity and treatment between migrants in a regular situation and nationals. The Convention includes a selective ratification clause allowing a member State to exclude by a declaration appended to its ratification either part from its acceptance of the Convention.³⁴ The peculiarity of this clause is that ratifying States are bound to report regularly on the position of their law and practice even in regard to the provisions of a Part they have not accepted and to the reasons for the partial acceptance of the Convention.

2.2 Conventions with compulsory and optional parts

In yet other cases, Conventions articulated around several parts, each dealing with a given subject, allow for gradual ratification by permitting member States to accept the Convention only in part provided that they comply with not less than a certain number of parts, including those the acceptance of which is compulsory. The essential point of such a procedure is that countries which may not be in a position to ratify the whole Convention at once are offered the possibility of accepting certain parts immediately and proceeding progressively with the ratification of the remaining parts. This flexible ratification approach has

³³ See International Labour Conference, 78th Session, 1991, *Record of Proceedings*, para.12, p. 20/2. Moreover, a proposed amendment to the effect that the draft Convention should concern only the protection of pay claims by means of a privilege was rejected as running counter to the very idea of devising a flexible instrument; see *ibid.*, paras. 27-30, p. 20/4. See also International Labour Conference, 78th Session, 1991, *Report V(1)*, pp. 58-60.

³⁴ Originally, the Conference Committee had before it proposals concerning, first, a Convention on migration in abusive conditions, which mainly dealt with illegal and illicit trafficking in human beings, and secondly, a separate Convention on equality of opportunity and treatment relating to employment and occupation, trade union rights and individual and collective freedoms. At the first Conference discussion it was decided to merge the two proposed instruments into a single Convention; see International Labour Conference, 59th Session, 1974, *Record of Proceedings*, paras. 30-32, pp. 571-572 and p. 716. Article 16 of the Convention providing for the optional acceptance of either Part I or II was submitted as a compromise solution in view of the deeply divided positions as to whether the two aspects dealt with in the Convention, i.e. illegal migration and equality of opportunity and treatment with nationals, should be combined in the same instrument; see International Labour Conference, 60th Session, 1975, *Record of Proceedings*, paras. 16-17, p. 639.

been applied in the past to some of the most elaborate (and incidentally lengthiest) instruments, such as the Social Security (Minimum Standards) Convention, 1952 (No. 102), which requires compliance with three of the nine branches of social security dealt with in the Convention,³⁵ the Invalidity, Old-Age and Survivors' Benefits Convention, 1967 (No. 128), and the Plantations Convention, 1958 (No. 110), which provides that ratification must extend to at least seven of the fourteen parts of the Convention, of which five parts are obligatory.³⁶

Under the 1996 Protocol to the Merchant Shipping (Minimum Standards) Convention, 1976 (No. 147), ratifying States are bound to extend the list of Conventions appearing in the Appendix to Convention No. 147 to include the two Conventions listed in Part A of the Supplementary Appendix. In addition, they may accept at the time of ratification or at any time thereafter, any of the four Conventions listed in Part B of the Supplementary Appendix.³⁷ The compromise solution of two separate lists, one for which acceptance is mandatory and another which can be ratified on an optional basis, was devised in view of the

³⁵ It should be noted that the "pick-and-choose" approach inherent in the concept of "selective", "gradual" or "fractional" ratification has been criticized as deforming the original instrument beyond recognition in the sense that ratifications may formally refer to the same Convention but in reality they may relate to a completely different set of standards. As an Employer member indicated during the first Conference discussion, "such a procedure would not be compatible with the terms of Article 19 of the Constitution and it would go counter to the very spirit in which our Organization was brought into being, since the various commitments would not be mutually comparable"; see International Labour Conference, 34th Session, 1951, *Record of Proceedings*, p. 397. Similarly, at the second Conference discussion, another Employer adviser observed that "only a little arithmetic shows that the combinations of ratifiable parts may well run into thousands; there would be no equality of obligations of the ratifying countries"; see International Labour Conference, 35th Session, 1952, *Record of Proceedings*, p. 309.

³⁶ Again, for some this technique is inconsistent with Article 19(3) of the Constitution, which provides only for modifications to meet special local conditions in certain countries, such as climatic conditions, the imperfect development of industrial organization or other special circumstances. For instance, in commenting on the Conference Committee report, an Employer delegate said: "if you truly wish to preserve the conception of 1919 in all its purity, to keep the reciprocal undertakings of States to precise texts in which you have not the right to change a comma, then at least they must have the same Parts. What is the use of not changing a comma if you can choose the Parts you wish? For a person used to a certain degree of logic it would seem necessary not to allow too much flexibility in a text which is to be part of an international code"; see International Labour Conference, 40th Session, 1957, *Record of Proceedings*, p. 424. In the words of another Employer delegate, "a Convention, as we understand it, is a tightly drawn international legal instrument imposing precisely similar obligations upon each ratifying Member. If Members may ratify the Convention on the basis of accepting the compulsory Parts and any two out of the remaining Parts then you cannot accept that the obligation between nation and nation is precisely similar"; see International Labour Conference, 42nd Session, 1958, *Record of Proceedings*, p. 362.

³⁷ The instruments listed in mandatory Part A are the Accommodation of Crews (Supplementary Provisions) Convention, 1970 (No. 133), and the Seafarers' Hours of Work and the Manning of Ships Convention, 1996 (No. 180), while those contained in optional Part B are the Seafarers' Identity Documents Convention, 1958 (No. 108), the Workers' Representatives Convention, 1971 (No. 135), the Health Protection and Medical Care (Seafarers) Convention, 1987 (No. 164), and the Repatriation of Seafarers Convention (Revised), 1987 (No. 166).

serious deadlock faced by the Conference Committee as to how far efforts for the standardization of labour conditions in substandard vessels should go.³⁸

In the case of the Seafarers' Identity Documents Convention (Revised), 2003 (No. 185), no provision is made for mandatory or optional acceptance of separate parts, but a distinction is drawn between "mandatory results" to be achieved, as a minimum, by ratifying States in implementing a system of issuance of seafarers' identity documents (Part A of Annex III) and "recommended procedures and practices" for achieving these results (Part B of Annex III).³⁹ In fact, more than a flexible or gradual ratification technique, this distinction amounts to incorporating what might otherwise had been adopted as a recommendation into the body of a Convention, with the additional specificity that the provisions of all three annexes are subject to a simplified amendment procedure. Indeed, Article 8(1) of Convention No. 185 introduces for the first time a procedure to allow for the amendment of the annexes based on a Conference decision taken by a two-thirds majority, including at least half of the States parties to the Convention. This provision, which in reality is a forerunner of the elaborate amendment procedures set out in the draft consolidated maritime labour Convention to be examined below, was regarded from the outset as a key element of the new instrument inasmuch as the intention was to cover the security aspects of the basic infrastructure of the issuing and verification process for seafarers' identity documents and technical details therefore had to be adaptable to a rapidly evolving technological environment.⁴⁰

³⁸ Initially, a proposal was made for a distinction between "soft" and "hard" Conventions which would empower the port State to take remedial action. Subsequently, two different lists were proposed, one containing generally recognized and globally accepted Conventions whose substantive provisions could be physically inspected on board ship, and another including Conventions not generally recognized and therefore not globally accepted covering issues that are not physically inspectable; see International Labour Conference, 84th Session, 1996, *Record of Proceedings*, pp. 5/10, 5/21.

³⁹ The idea was to have a first part which would be mandatory and would consist of a short but comprehensive statement of the results to be obtained by any national issuance system and a second part which would consist of detailed recommendations as to the manner in which those results might be achieved; see International Labour Conference, 91st Session, 2003, *Record of Proceedings*, p. 20/76. The mandatory results to be achieved are also set out in Article 5(1) of the Convention, which deals with reliable evaluation procedures and quality control systems in issuing seafarers' identity documents. In this respect, the Conference Committee considered that three elements were essential, namely flexibility with regard to means, integrity and periodicity of evaluation; see *ibid.*, p. 20/61.

⁴⁰ In adopting improved security standards for the maritime industry following the events of 11 September 2001, it was thought necessary to have recourse to the most recent technologies, including biometrics, in respect of seafarers' identification, but it was also deemed essential to make provision for an appropriate amendment mechanism to apply to those provisions which were likely to become obsolete as a result of technological change; see International Labour Conference, 91st Session, 2003, *Record of Proceedings*, pp. 20/4, 20/36-20/38.

3. *Flexibility in drafting substantive provisions*

3.1 Flexible definitions

In certain cases, the key concept which forms the subject matter of standard-setting is defined in sufficiently open-ended terms to confer broad discretion on the national competent authorities when implementing the Convention. An example is Article 1 of the Night Work Convention, 1990 (No. 171), which defines the term “night worker” as an employed person whose work requires the performance of a *substantial number* of hours of night work which exceeds a specified limit to be fixed by the competent authority after consulting the employers’ and workers’ organizations concerned or by collective agreement.⁴¹ Equally flexible is the definition of the term “insolvency” in Article 1 of the Protection of Workers’ Claims (Employer’s Insolvency) Convention, 1992 (No. 173), according to which insolvency should not be deemed to refer only to situations where formal proceedings have been opened relating to an employer’s assets with a view to the collective reimbursement of creditors, but it might be extended to cover other situations in which workers’ claims cannot be satisfied by reason of the financial situation of the employer.⁴²

In other cases, notions which prove particularly problematic or divisive at the Conference discussions are intentionally left undefined. For instance, Article 4 of the Worst Forms of Child Labour Convention, 1999 (No. 182), leaves it to the competent national authorities to determine, after consultation with the organizations of employers and workers concerned, the types of work which by their nature or the circumstances in which they are carried out, are likely to harm the health, safety or morals of children, and would thus qualify

⁴¹ During the Conference discussions, the term “substantial” was qualified as appropriately flexible by some and discarded as ambiguous by others. The Worker members called for a clearer definition, arguing that “substantial” could be used to deny protection to those who needed it and proposed that a maximum limit of 200 hours per year should be specified in the Convention. The Employer members felt that “substantial” was necessary to exclude the possibility of a person being covered after working very few night hours and noted that it was impossible to draft the definition so that it would cover every eventuality; see International Labour Conference, 77th Session, 1990, *Record of Proceedings*, pp. 26/5-26/6. The Employer members had earlier suggested that “night worker” should be defined as a person who works on a permanent basis at night or a shift worker who regularly performs at least one-third of her/his working hours at night and stated that the intent was not to exclude genuine night workers but to provide more flexibility to Governments in defining them; see International Labour Conference, 76th Session, 1989, *Record of Proceedings*, p. 30/10. It should also be added that the original Office text made reference to night work as “work done by an employee mainly at night on a regular, frequent or significant basis”; see International Labour Conference, 76th Session, 1989, *Report V(1)*, p. 73.

⁴² The broader definition of insolvency was meant to avoid a rigid standard and to reflect better national practice which provides a fairly large degree of latitude in respect of insolvency proceedings that are not legally declared; see International Labour Conference, 78th Session, 1991, *Report V(2)*, p. 29.

as “worst forms of child labour” under Article 3(d) of the Convention.⁴³ In the same manner, Article 8 of the Home Work Convention, 1996 (No. 177), stipulates that in countries where the use of intermediaries in home work is permitted, the respective responsibilities of employers and intermediaries are to be determined by laws and regulations or by court decisions, in accordance with national practice.⁴⁴

In yet other cases, the limits set out in certain instruments are either couched in subtle wording or, while being specific, still provide for a fairly generous exception clause. For example, under Articles 7(1) and 13(1) of the Protection of Workers’ Claims (Employer’s Insolvency) Convention, 1992 (No. 173), national laws or regulations may set a ceiling on the amount of workers’ wage claims protected by means of a privilege or through a guarantee institution, provided that such limit is not fixed or left to fall below a *socially acceptable* level.⁴⁵ On the other hand, the Seafarer’s Hours of Work and the Manning of Ships Convention, 1996 (No. 180), in Article 5(1) specifically fixes the maximum number of working hours which may not be exceeded in a given period of time or the minimum number of hours of rest which must be provided in a given period of time, while also providing that national laws or regulations may authorize exceptions to these limits on condition that such exceptions follow, *as far as possible*, the standards prescribed by the Convention. This exception clause reflects a flexible approach to the need to protect seafarers from fatigue, while acknowledging the specificity of the shipping industry with respect to working schedules.⁴⁶

⁴³ Allowing for flexibility at the national level was considered necessary in view of the divergent views as to the focus and precision of what should be immediately eliminated as particularly hazardous work; see International Labour Conference, 87th Session, 1999, *Report IV(2A)*, p. 62.

⁴⁴ This provision was drafted in such a way that reference was made to intermediaries without obliging those countries that did not recognize intermediaries to adopt special legislation regulating their use. In fact, the absence of a definition of the term “intermediaries” proved highly controversial and was severely criticized as one of the major drawbacks of the Convention; see International Labour Conference, 83rd Session, 1996, *Record of Proceedings*, pp. 211, 224.

⁴⁵ No attempt was made during the Conference discussions to define the expression “socially acceptable” other than indicating that protection may vary from one country to another but that it should always be maintained at a level that was realistic and acceptable from a social viewpoint; see International Labour Conference, 78th Session, 1991, *Record of Proceedings*, p. 20/15, and International Labour Conference, 79th Session, 1992, *Record of Proceedings*, pp. 25/12-25/13. Some additional guidance as to how a socially acceptable level might be determined in practical terms is given in Paragraphs 4 and 10 of the Protection of Workers’ Claims (Employer’s Insolvency) Recommendation, 1992 (No. 180), which suggest that account should be taken of variables such as the minimum wage, the unattachable part of the wage, the wage on which social security contributions are based or the average wage in industry.

⁴⁶ The text originally proposed by the Office permitted exceptions “in special cases and after consultation with the representative organizations of shipowners and seafarers concerned if an average of fewer hours of work or more hours of rest is ensured over a longer period”; see International Labour Conference, 84th Session, 1996, *Report II*, pp. 23-25, and International Labour Conference, 84th Session, 1996, *Record of Proceedings*, pp. 6/15-6/17.

3.2 Flexible terminology

Apart from a certain elasticity in the definition of terms and concepts used in particular Conventions, the texts of international labour instruments often contain generalized qualifications and equivocal expressions. According to Article 8(2) of the Working Conditions (Hotels and Restaurants) Convention, 1991 (No. 172), for those countries where the provisions of the Convention are matters normally left to agreements between employers and workers' organizations, compliance shall be treated as effective if they are applied through such agreements to the *great majority* of the workers concerned. Not surprisingly, this point gave rise to a request for an informal opinion,⁴⁷ to which the Office replied by an inevitable approximation: "the only indication is that the majority needs to be 'great', meaning considerable, marked or substantial, and thus significantly superior to a simple majority. It would appear that any majority equal to or higher than two-thirds could be reasonably qualified as a 'great majority'. Yet, in the absence of any concrete comments made by the Committee of Experts, such generally-worded qualifications escape precise definition and call at best for interpretation in good faith according to their ordinary meaning as determined in light of the object and purpose of the Convention concerned".

Another example is Article 8(2) of the Part-Time Work Convention, 1994 (No. 175), which makes provision for the exclusion from the scope of social security schemes of those part-time workers whose earnings fall below specified thresholds, but requires these thresholds to be "sufficiently low as not to exclude an *unduly large percentage* of part-time workers".⁴⁸ The same qualification was originally used in a draft provision of the Maternity Protection Convention, 2000 (No. 183), seeking to ensure that qualifying conditions for cash benefits are not so onerous as to exclude substantial numbers of women from receiving those benefits. However, the definition of "unduly large percentage" was questioned in the course of the first Conference discussion, mainly on the grounds that the

⁴⁷ In April 2001, the Government of Germany requested the view of the Office as to whether the expression "great majority" should be construed as meaning that the collective agreements prevailing in a ratifying country must cover a certain percentage of the workers employed in the hotel and restaurant sector and if so, what that percentage would be approximately.

⁴⁸ This term was used to replace the originally proposed "significant percentage". During the first Conference discussion, the Worker members suggested some alternative wording "so that at most a negligible number of part-time workers would be excluded"; see International Labour Conference, 80th Session, 1993, *Record of Proceedings*, p. 27/22. At the second Conference discussion, it was proposed to replace the expression "not to exclude an unduly percentage" by "not to exclude without reasonable grounds a significant percentage" the idea being that the grounds of exclusion should be qualitative rather than quantitative. After a lengthy debate on the linguistic attributes of the word "unduly" (*indûment* in French), it was understood that according to its ordinary meaning the word "unduly" signified "without serious cause" and therefore it carried both qualitative and quantitative elements; see International Labour Conference, 81st Session, 1994, *Record of Proceedings*, pp. 23/33-23/37.

use of the word “unduly” might imply that the exclusion of a large percentage of women would be acceptable. As finally reworded, Article 6(5) of Convention No. 183 requires member States to ensure that the conditions to qualify for cash benefits can be satisfied by a *large majority* of the women to whom the Convention applies, it being understood that the term “large majority” means substantially more than 50 per cent.⁴⁹

Qualified language is also used in Article 4 of the Home Work Convention, 1996 (No. 177), which requires ratifying Members to adopt and implement a national policy on home work aimed at promoting, *as far as possible*, equality of treatment between homeworkers and other wage earners,⁵⁰ whereas Article 6 of the same Convention provides that appropriate measures must be taken so that labour statistics include, *to the extent possible*, data on home working.⁵¹ Similarly, under Article 3(2)(a) of the Seafarers’ Identity Documents Convention (Revised), 2003 (No. 185), the materials used for the production of seafarers’ identity documents should be such as to prevent tampering with the documents or falsification, *as far as possible*, and enable easy detection of alterations.

The Safety and Health in Mines Convention, 1995 (No. 176), in Article 6, requires employers to take preventive and protective measures in mines with a view to eliminating, controlling or minimizing any risks “having regard to what is reasonable, practicable and feasible, and to good practice and the exercise of due diligence”.⁵² Under Article 11(2)(a) of the Seafarers’ Hours of Work and the Manning of Ships Convention, 1996 (No. 180), when determining, approving or revising manning levels, member States are expected to take into account “the need to avoid or minimize, *as far as practicable*, excessive hours of work”. It is

⁴⁹ See International Labour Conference, 87th Session, 1999, *Record of Proceedings*, p. 20/47, and International Labour Conference, 88th Session, 2000, *Report IV(1)*, p. 5.

⁵⁰ The expression “as far as possible” was introduced following an amendment to this effect adopted at the second Conference discussion. According to the drafters of the amendment, the intention was to introduce flexibility with respect to the time frame for promoting equality of treatment. The Worker members supported the amendment because it gave flexibility without weakening the objective of treating homeworkers equally. Others questioned the very purpose of drafting a Convention on the subject if the understanding was that countries might or might not promote equality of treatment; see International Labour Conference, 83rd Session, 1996, *Record of Proceedings*, p. 10/27. Similar wording was used in Paragraph 3(2) of the Home Work Recommendation, 1996 (No. 184), which advocates that, “as far as possible, use should be made of tripartite bodies or organizations of employers and workers in the formulation and implementation of this national policy”.

⁵¹ The words “to the extent possible” did not appear in the original Office text, but were inserted on the understanding that the measures in the field of statistics that member States were called upon to take were demanding and governments should therefore be allowed to discharge their obligation progressively within a reasonable time frame; see International Labour Conference, 83rd Session, 1996, *Record of Proceedings*, p. 10/28.

⁵² These qualifying words were introduced to ensure that no impossible obligations were placed on employers; see International Labour Conference, 82nd Session, 1995, *Record of Proceedings*, para. 218, p. 19/43.

interesting to note that in other cases similar wording, such as the phrase “so far as is reasonably practicable”, has been rejected as excessively permissive. A case in point is the discussion around the policy of preventing accidents and injury to health in the agricultural working environment by eliminating, minimizing or controlling hazards, as reflected in Article 4(1) of the Safety and Health in Agriculture Convention, 2001 (No. 184). The question as to whether the obligation to prevent occupational safety and health risks in agriculture should be qualified by the insertion of the words “so far as is practicably reasonable” was the subject of lengthy debate at both Conference discussions, but it was finally decided that any qualification would be redundant and in conflict with the “priority prevention principle” clearly set out in the relevant provision of the Convention.⁵³

Many other examples may also be found of the use of unspecified terms or expressions designed to facilitate the widespread acceptance of international labour Conventions. Under Article 7(3)(b) of the Night Work Convention, 1990 (No. 171), the income of women workers during the periods where alternatives to night work are exercised on maternity grounds must be maintained at a level *sufficient* for the upkeep of themselves and their children in accordance with a *suitable* standard of living”.⁵⁴ The Labour Inspection (Seafarers) Convention, 1996 (No. 178), requires ratifying States, when conducting inspections or taking other measures under the Convention, to make “all *reasonable* efforts to avoid a ship being *unreasonably* detained or delayed”. The Seafarers’ Hours of Work and the Manning of Ships Convention, 1996 (No. 180), makes use of the terms “*adequate* compensatory rest period”, “*sufficient* rest” and “*appropriate*” intervals, while the Private Employment Agencies Convention, 1997 (No. 181), refers to “*adequate* protection” and “*adequate* machinery and procedures”. Similarly, the Worst Forms of Child Labour Convention, 1999 (No. 182), requires

⁵³ It was noted that, although those words had been routinely employed in the past, the “priority prevention principle” (according to which hazards should be eliminated; if they cannot be eliminated, they should be minimized, and if they cannot be minimized, they should at least be controlled) was established and it was therefore unnecessary and inappropriate to add any flexible wording; see International Labour Conference, 88th Session, 2000, *Record of Proceedings*, paras. 72, 82, pp. 24/16, 24/24, and International Labour Conference, 89th Session, 2001, *Record of Proceedings*, pp. 15/13-15/15.

⁵⁴ Even though the expression was adopted practically without discussion, possibly because similar wording appears in Article 4(2) of the Maternity Protection Convention (Revised), 1952 (No. 103), its application in practice is far from clear. It is recalled that in 1992, the French Government requested the informal opinion of the Office as to whether its national legislation, which provided for a daily maternity allowance equal to 84 per cent of the beneficiary’s salary, could be considered compatible with the requirements of the Convention in ensuring a sufficient income level and suitable standard of living. In its reply, the Office offered some practical indications suggesting that “subject to the views of the supervisory bodies, any cash benefits provided during the protected period should not be lower than the rate provided for in Article 4(6) of Convention No. 103, that is to say two-thirds of the woman’s previous earnings”.

“*effective and time-bound measures*” and “*appropriate mechanisms*”, while the Safety and Health in Agriculture Convention, 2001 (No. 184), provides for “*adequate and appropriate training*”, “*adequate and appropriate information*” and “*adequate welfare facilities*”. The Seafarers’ Identity Documents Convention (Revised), 2003 (No. 185), employs terms such as “*undue delay*”, “*shortest possible time*”, “*clear grounds*”, “*reasonable advance notice*” and “*reasonable period*”. Finally, in practically all the Conventions adopted during the period under review, flexible drafting consists also in the use of such standardized terms as “adequate penalties”, “adequate remedies”, “appropriate inspection services” or “adequate and appropriate system of inspection” with respect to the enforcement of implementing legislation.

In the light of the preceding review, the situation would appear little different from that described by one commentator some fifty years ago when he wrote: “a scrutiny of the language employed in the drafting of international labour conventions indicates that there is a deliberate and frequent tendency to choose words for their qualities of imprecision rather than precision. Vague and accommodating terms are liberally deployed throughout successive conventions, as may be instanced by the abundant recourse to such adjectives as reasonable, appropriate, adequate, effective, fair, practicable, necessary, sufficient, suitable and proper”.⁵⁵

3.3 Progressive implementation

Under Article 3(2) of the Night Work Convention, 1990 (No. 171), the specific measures required for the health protection, occupational advancement and social welfare of night workers “may be applied *progressively*”.⁵⁶ Similarly, under Article 2 of the Prevention of Major Industrial Accidents, 1993 (No. 174), member States are given the possibility of drawing up plans for the *progressive implementation* of the preventive and protective measures set out in the Convention within a fixed time-frame when serious problems prevent them from applying the full range of these measures immediately. Moreover, the Maternity Protection Convention, 2000 (No. 183), provides in Article 7 that ratifying countries whose economy and social security system are insufficiently developed may provide women workers who are absent from work on maternity leave with cash benefits lower than those required by Article 6(3), i.e. two-thirds of previous earnings, and still be deemed to be in compliance with the Convention

⁵⁵ See McMahon, *op. cit.*, *supra* note 2, p. 39.

⁵⁶ The view was expressed that the term “progressively” allowed time for adaptation to local conditions and for choice of the appropriate forms of implementation; see International Labour Conference, 76th Session, 1989, *Record of Proceedings*, p. 30/13.

on condition that they subsequently take measures “with a view to *progressively raising* the rate of benefits”.⁵⁷

In one particular case, express reference is made to the flexible application of the requirements of a Convention with a view to conferring on national authorities the widest possible discretion when implementing the Convention. Article 34 of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), provides that “the nature and scope of the measures to be taken to give effect to this Convention shall be determined in a *flexible manner*, having regard to the conditions characteristic of each country”.⁵⁸

It is also interesting to note that in some cases flexibility is not used to justify the progressive attainment of some minimum level of protection required by an international labour Convention, but to promote the further progressive raising of minimum standards which are already implemented. In fact, according to Article 11 of the Maternity Protection Convention, 2000 (No. 183), member States have to examine periodically in consultation with the social partners the appropriateness of extending the 12-week maternity leave period or of increasing the minimum level or rate of cash benefits set out in the Convention.⁵⁹

⁵⁷ Many opposed this provision as establishing selective criteria and dual standards, while others emphasized the need to allow some countries the necessary breathing space; see International Labour Conference, 87th Session, 1999, *Record of Proceedings*, pp. 20/51-20/52, and International Labour Conference, 88th Session, 2000, *Record of Proceedings*, pp. 20/43-20/55. Article 7(1) of Convention No. 183 bears a certain similarity to the provision of Article 3(1) of the Social Security (Minimum Standards) Convention, 1952 (No. 102), which authorizes member States whose economy and medical facilities are insufficiently developed to avail themselves, if and for so long as the national competent authorities consider necessary, of the temporary exceptions provided for in some twelve different Articles of the Convention. At the time of the adoption of Convention No. 102, many saw little logic in allowing for loosely-defined escape clauses and thus creating a sub-minimum standard level. Referring, for instance, to a “strange and wonderful device” called temporary exceptions, an Employer adviser questioned the idea that “a Member may ratify the Convention although it continues to have standards of social security substantially lower than the minima prescribed in the Convention. This concept of something lower than the minimum is indeed unique”; see International Labour Conference, 34th Session, 1951, *Record of Proceedings*, p. 400.

⁵⁸ The same clause is found in Article 28 of the Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (No. 107). In undertaking the revision of Convention No. 107, it was unanimously agreed that it was essential to maintain flexibility in the application of the new Convention; see International Labour Conference, 75th Session, 1988, *Report VI(2)*, p. 95, and International Labour Conference, 76th Session, 1989, *Report IV(2A)*, p. 67.

⁵⁹ The intent was to provide the necessary flexibility while encouraging the periodic review of the situation at the national level; see International Labour Conference, 87th Session, 1999, *Report V(2)*, p. 48.

4. Flexibility in the “packaging” of standards

Flexibility is sometimes inherent in the very concept of certain types of instruments, such as promotional Conventions and Protocols, which afford considerable leeway in determining the range and nature of the means by which particular objectives, levels of protection or standards are to be reached, applied or revised.

4.1 Promotional Conventions

A promotional approach in framing international labour Conventions is necessarily a flexible approach in that it focuses on policy objectives instead of specific rules and leaves sufficient discretion as to the choice of means of pursuing and attaining these objectives. For instance, the Working Conditions (Hotels and Restaurants) Convention, 1991 (No. 172), in purposefully broad language requires member States to “adopt and apply, in a manner appropriate to national law, conditions and practice, a policy designed to improve the working conditions of the workers concerned” and offers the possibility of applying its provisions “by or through national laws or regulations, collective agreements, arbitration awards or judicial decisions, or in any other appropriate manner consistent with national practice”. Despite its heavily promotional character, however, the Convention also contains prescriptive provisions, such as Articles 4 and 5, which provide for workers in the hotel and catering industry to be entitled to reasonable hours of work and reasonable daily or weekly rest periods, compensation for work on public holidays and annual leave with pay, and Article 6, which defines the term “tip” and requires a system of fixed remuneration regardless of tips.

Similarly, the Home Work Convention, 1996 (No. 177), calls for the adoption, implementation and periodical review of a national policy on home work aimed at improving the situation of homeworkers and further stipulates that such national policy may be implemented “by means of laws and regulations, collective agreements, arbitration awards or in any other appropriate manner consistent with national practice”.⁶⁰ Here again, certain prescriptive elements may also be found, for instance in Article 4(2), which enumerates

⁶⁰ What is more, at both Conference discussions, it was made clear that a separate national policy on home work was not required and that it was possible to have such a policy within the context of broader national policies on labour, health and safety or employment; see International Labour Conference, 82nd Session, 1995, *Record of Proceedings*, p. 25/25, and International Labour Conference, 83rd Session, 1996, *Record of Proceedings*, p. 10/26. Referring to the “extraordinarily promotional character” of the Convention, the Worker Vice-Chairman of the Conference Committee stated: “no detailed new, bureaucratic rules, no extremely ambitious targets, just a simple, reasonable and realistic obligation to set up policies and activities on home work, with a lot of flexibility, and room to manoeuvre in accordance with a member State’s traditions and preferences”; see International Labour Conference, 83rd Session, 1996, *Record of Proceedings*, p. 213.

basic workers' rights, for instance the right to establish and join organizations of their own choosing, protection against discrimination, remuneration, social security protection or occupational safety and health, in respect of which the national policy on home work should seek to obtain equality of treatment between homeworkers and other wage earners.

4.2 Protocols

The quest for flexibility has occasionally driven the Organization to side-step the traditional pattern of framing standards in the form of either conventions or recommendations and to opt for the adoption of protocols. The choice of this type of instrument is essentially explained by the desire to partially revise an existing convention without however closing it to further ratifications. The practical advantage is that member States are offered a wide range of options: those which are parties to the convention may avail themselves of the new provisions by ratifying the protocol, in which case they become bound by the convention as revised by the protocol. On the contrary, those States which are parties to the convention but decide not to formally accept the protocol continue to be bound by the convention under its original terms. Finally, any State which ratifies the convention after the adoption of the protocol can accept either the original provisions of the convention only or, by also ratifying the protocol, its revised ones. In the last fifteen years, four different protocols have been adopted: the Protocol of 1990 to the Night Work (Women) Convention (Revised), 1948; the Protocol of 1995 to the Labour Inspection Convention, 1947; the Protocol of 1996 to the Merchant Shipping (Minimum Standards) Convention, 1976, and the Protocol of 2002 to the Occupational Safety and Health Convention, 1981.

IV. Flexibility and future instruments

The consolidated maritime labour Convention, currently at the stage of finalization before its submission to the preliminary maritime session of the International Labour Conference scheduled for September 2004, offers interesting insight into the relevance and impact that flexibility considerations are likely to have in future standard-setting action.

Indeed, flexibility seems to have been a controlling factor in the preparation of the draft Convention, both in form and substance. It appears in its Preamble, it seems to have had a controlling influence on the overall design of the instrument and the articulation of its substantive provisions, it reaffirms the continued relevance of the substantial equivalence clause, and it is part and parcel of the innovative simplified amendment procedure. Flexibility is identified as one of the leading objectives of the Convention. As the Preamble states, “determined that this new instrument should be designed to secure the widest possible acceptability among governments, shipowners and seafarers committed to the principles of decent work, that it should be readily updateable and that it should lend itself to effective enforcement”. The Explanatory Note to the Regulations and Code of the maritime labour Convention, which does not form part of the Convention, but is intended as a general guide to the instrument, refers explicitly to flexibility as being one of the three underlying purposes of the Convention, that is “to allow a considerable degree of flexibility in the way Members implement those principles and rights”.⁶¹

1. Flexible design of the draft consolidated Convention

The draft maritime labour Convention is already unique in its form and structure. For the first time, the body of an ILO Convention comprises three separate but inter-related parts, the Articles, the Regulations and the Code. While the Articles and the Regulations set out the core rights and principles and the basic obligations of ratifying States, the Code contains the detailed rules and guidance for the implementation of the Regulations and is subdivided into Part A comprising mandatory standards and Part B setting out non-mandatory guidelines (see draft Article VI, paragraph 1).

In other words, the substantive provisions of the draft Convention are set forth at four different levels; the *Articles* are the first level of the Convention, addressing core issues such as fundamental rights and principles, seafarers’

⁶¹ See *Consolidated Maritime Labour Convention* (Preliminary second draft), High-level Tripartite Working Group on Maritime Labour Standards (fourth meeting), TWGMLS/2004/2, p. 11.

employment rights and implementation and enforcement responsibilities, but also laying down procedural rules regarding such matters as entry into force, denunciation and possible amendment. The *Regulations*, which constitute the second level of the Convention, elaborate on specific rights and obligations pertaining to the following five themes or *Titles*: minimum requirements for seafarers to work on a ship; conditions of employment; accommodation, recreational facilities, food and catering; health protection, medical care, welfare and social protection; compliance and enforcement. The Convention's third level is Part A of the Code, which sets out a series of mandatory requirements, or *Standards*, necessary for the implementation of the Regulations. Finally, at the fourth level of the Convention are the provisions of Part B of the Code, or *Guidelines*, which create no legal obligation other than an obligation to give them "due consideration", or "examine in good faith" to what extent effect could be given to such provisions to implement the Articles, Regulations and Part A of the Code.

This pioneering amalgamation of binding and non-binding provisions, or *conceptual flexibility*, as it might be termed, has not come without objections. Indeed, the fact that the Convention in practice incorporates what might otherwise have been adopted as a separate Recommendation has not escaped attention. Many have criticized the hybrid nature of the proposed instrument and asked for clarifications as to the legal consequences of such an experimental melting of the traditional dividing line between an international labour Convention and a Recommendation. In response to those dissenting voices, it has been explained that "the consolidation of maritime instruments in force is aimed at placing all substantive elements in a single instrument in an approach radically different to that employed up to now [and] from this perspective conclusions cannot be drawn from the traditional formal arrangement based on the distinction between a Convention – where the provisions are binding – and a Recommendation – where they are not".⁶² In the same legal opinion, it is also pointed out that precedents exist whereby international labour Conventions set out, alongside binding provisions, others that are of a different nature and that "the new Convention's only real innovation was that in the new Convention the amount of non-binding provisions was much higher than in any earlier Convention".⁶³

⁶² See the Legal Adviser's opinion on the status of Part B of the Code and the coexistence of mandatory and non-mandatory provisions in a Convention, TWGMLS/2004/1, p. 23.

⁶³ See Final Report of the High-level Tripartite Working Group on Maritime Labour Standards (third meeting), TWGMLS/2003/10, para.199, p. 28.

2. *Flexible application of the draft consolidated Convention*

The innovatory character of the new maritime labour Convention is no less striking with regard to its substance. As stated in the Explanatory Note to the Regulations and Code of the maritime labour Convention, “there are two main areas for flexibility in implementation: one is the possibility for a Member to give effect to the detailed requirements of Part A of the Code through substantial equivalence. The second area of flexibility in implementation is provided by formulating the mandatory requirements of many provisions in Part A in a more general way, thus leaving a wider scope for discretion as to the precise action to be provided for at the national level”.⁶⁴ Yet another major innovation of the draft instrument, possibly also one of the most cogent reasons for undertaking the consolidation effort, is the simplified amendment procedure set out in draft Articles XIV and XV of the Convention. These aspects are briefly commented upon below.

2.1 Implementation through substantially equivalent provisions

Under Article VI, paragraph 3, of the draft Convention, “a Member which is not in a position to implement the principles and rights in the manner set out in Part A of the Code may implement Part A of the Code through provisions in its laws and regulations or other measures which are substantially equivalent to the provisions of Part A”.

It should be recalled, at this juncture, that the substantial equivalence clause is a controversial notion that has always elicited serious reservations. It is indicative that the ILO Committee of Experts in its 1990 General Survey on the Merchant Shipping (Minimum Standards) Convention, 1974 (No. 147), ended a lengthy analysis of the substantial equivalence clause by candidly noting that “some standards in the Appendix Conventions have explicit quantifiable elements in respect of which it may be possible to determine that substantial equivalence involves a commitment to less than 100 per cent. [...] However, in respect of non-quantifiable elements such determination would be difficult, and, especially where questions of safety are involved, it might be impossible to make. In such cases, to be faithful to the wording and spirit of Article 2(a), the Committee’s view of what is required is bound to prefer more strict adherence to the provisions of the Appendix Conventions”.⁶⁵ The inherent vagueness and difficulty of application of the substantial equivalence clause have led many to consider it as an unfortunate form of flexibility device.

⁶⁴ See *Consolidated Maritime Labour Convention* (Preliminary second draft), High-level Tripartite Working Group on Maritime Labour Standards (fourth meeting), TWGMLS/2004/2, pp. 11-12.

⁶⁵ See *Labour standards on merchant ships – General Survey*, International Labour Conference, 77th Session, 1990, *Report III (Part 4B)*, para. 77, p. 44.

2.2 The simplified or tacit amendment procedure

Article XV of the draft Convention introduces for the first time in an international labour Convention a mechanism allowing for the partial revision of an instrument without the formal adoption of a revising convention or protocol, and therefore without being subject to the ordinary process of ratification. This mechanism was developed to meet the need for rapid updating of the technical parts of the Convention without undertaking a fully-fledged revision. In fact, there is growing awareness that under existing constitutional practices even simple and uncontroversial changes need several years, if not decades, to come into effect, which hardly matches the willingness to enhance the relevance of ILO maritime standards, and even less the needs of the rapidly changing and globalized shipping sector. Although the simplified amendment procedure is based on legal techniques similar to those used by the International Maritime Organization, it was slightly adapted to meet the special characteristics of the ILO's structure, organs and decision-making rules.⁶⁶

In a nutshell, an amendment to the Code may be proposed by any government having the support of at least ten other governments or of the group of Shipowner or Seafarer representatives appointed to the Special Tripartite Committee.⁶⁷ The proposal is then circulated to all ILO member States, which may transmit any observations or suggestions within a period of six months following which the proposal is submitted to the Committee for consideration. An amendment is considered adopted by the Committee if at least half of the ratifying countries are represented at the meeting and a majority of two-thirds of the Committee members vote in favour of the proposed amendment. Upon its adoption by the Special Tripartite Committee, the amendment is referred to the International Labour Conference for approval, subject to a two-thirds majority of the votes cast by the delegates present. Ratifying countries then have a prescribed period (at least one year) to communicate any disagreement and the amendment will be deemed to have been accepted if by the end of the prescribed period no more than one-third of ratifying States representing less than 50 per cent of the world's gross tonnage of ships have expressed their disagreement.

⁶⁶ See *Simplified amendment procedure for the proposed new maritime labour Convention*, High-level Tripartite Working Group on Maritime Labour Standards (second meeting), TWGMLS/2002/2.

⁶⁷ Article XIII of the draft Convention provides for the establishment of a committee with special competence in the area of maritime labour standards in order to keep the Convention under continuous review. The Committee is to be composed of two representatives nominated by each ratifying State and the representatives of Shipowners and Seafarers appointed by the Governing Body. Government representatives from non-ratifying States may participate, but without the right to vote.

Moreover, in the interest of even greater flexibility, ratifying States which have not opted out from the amendment, may still decide to defer the entry into force of the amendment in their case until they expressly notify its acceptance or to exempt themselves from giving effect to that amendment for a specified period. The end result of such temporary exceptions would, of course, be a “patchwork” situation in which ratifying States would not be bound by the same set of provisions; a situation which would risk becoming all the more problematical, especially as regards supervision, in the case of a large number of ratifying countries or frequent adoption of amendments.

In the final analysis, the Code would be amended through tacit acceptance rather than express ratification. Undeniably, this offers the convenience of having a single amended Convention always open to ratification in its latest version, instead of piling up new instruments which partially revise earlier ones, but do not necessarily close them to further ratification. This promises far more economical procedures, light and rapid to set in motion and operate, especially when compared to the current pattern of convening maritime sessions of the Conference at ten-year intervals. However, for all its novelty and practicality, the simplified amendment procedure may be seen as seriously impinging on two basic tenets of the ILO’s constitutional theory and practice. First, the possibility offered to States to suspend indefinitely the entry into force of an adopted amendment or to exempt themselves temporarily from the obligation to give effect to such an amendment may be considered to run counter to the principle of the inadmissibility of reservations with respect to international labour Conventions. Secondly, the very idea of tacit acceptance appears to short-circuit the traditional processes of submission to national parliaments and, in this sense, to challenge the time-honoured doctrine of the “contractual” nature of ratified international labour Conventions which the Conference has no authority to change.⁶⁸

Concerning the inadmissibility of accepting international labour Conventions with reservations, it may be argued that the possibility for ratifying States to delay the entry into effect of amendments or phase in their application is no different from similar provisions existing in numerous other ILO Conventions allowing ratifying States to limit the material or personal scope of a ratified

⁶⁸ The “contractual” approach was analysed in the context of the discussions which led to the adoption of the 1997 Instrument of constitutional amendment on the abrogation of obsolete international labour Conventions; see, for instance, GB.265/LILS/WP/PRS/2, paras. 7-10, 17-21. It should be recalled that the Office, while noting at that time the complications and vicissitudes of the “contractual” approach, refrained from proposing that it should be reviewed or replaced by an opposite approach favouring the “quasi-legislative” character of international labour Conventions. It observed, however, that “the contractual approach was only able to prevail because the Constitution was silent as to the Conference’s possibility of abrogating instruments [and that] if this gap were to be filled, it would also lose its *raison d’être*”; *ibid.*, para. 26.

Convention by excluding certain categories of workers or sectors of economic activity from its coverage and even, though less frequently, to suspend temporarily the application of specific provisions.⁶⁹

As regards the implications of the “contractual” approach for the simplified amendment procedure, it is indeed difficult to see why the Organization should remain prisoner to a theoretical construction which has probably lived its day and serves little purpose in the current context. Following practically the same rationale as in the case of the abrogation of obsolete Conventions, namely devising legal means for tidying up standards in a rational and cost-effective manner, the simplified amendment procedure marks an important step in the evolution of the ILO’s constitutional orthodoxy by setting aside doctrinal subtleties and opting for fast-track law-making procedures. After all, it may be argued that national parliaments, by ratifying the maritime labour Convention, also formally approve the possibility of subsequently modifying parts of that Convention through tacitly accepted amendments.⁷⁰

In conclusion, there is no doubt that the new maritime labour standard makes a major rethinking necessary of the manner in which international labour instruments are conceived, drafted and amended. It can only be hoped that the constituents’ response, and especially the rate of ratification of the new instrument, once formally adopted, will be such as to justify the Organization’s bold choices and ground-breaking strategy in formulating flexible, yet solid international labour standards for the 21st century.

⁶⁹ To draw an analogy with another multilateral treaty, the same situation arises under Article 120 of the Rome Statute on an International Criminal Court, which provides that no reservations may be made to the Statute, whereas under Article 124, on becoming a party to the Statute a state may declare that, for a period of seven years after the entry into force of this Statute for the state concerned, it does not accept the jurisdiction of the Court with respect to war crimes when such a crime is alleged to have been committed by its nationals or on its territory. In the words of a learned scholar, “admittedly, these are reservations whose purpose and contents as well as duration in time, are predetermined by the Treaty. The fact remains, however, that, on account of their object and scope, they cannot but be regarded as reservations proper”; see Antonio Cassese, “The Statute of the International Criminal Court: Some preliminary reflections”, *European Journal of International Law*, vol.10, 1999, p. 146.

⁷⁰ As it was explained in a relevant Office text, “the present lengthy procedures, and the submission to national parliaments, appear fully justified for the adoption of new standards. What may be much less justified in many cases is to follow the same procedures when a Convention (which has already been adopted by the Conference and has passed through national ratification processes) is simply being updated”; see *Simplified amendment procedure for the proposed new maritime labour Convention*, High-level Tripartite Working Group on Maritime Labour Standards (second meeting), TWGMLS/2002/2, para. 8, p. 5. It is also indicative that the concept of simplified or tacit amendment has so far met with unanimous support and no objection has been raised on constitutional or other legal grounds; see Final Report of the High-level Tripartite Working Group on Maritime Labour Standards (second meeting), TWGMLS/2002/13, paras. 87-107, pp. 17-20.

V. Final remarks

1. *Flexibility versus flexibilization*

The question of flexibility is part and parcel of the debate on the “ratifiability” of ILO Conventions, that is the obsessive idea according to which ratification prospects should be the controlling, if not exclusive consideration in drafting Conventions, while the ratification record alone suffice to “prove” the failure or success of a given instrument. As held by conventional wisdom, flexibility is a *sine qua non* of a “ratifiable” Convention. Yet, the question of dosing flexibility necessarily arises; how much flexibility can be afforded before a Convention is stripped of any legal substance or how much can a Convention reasonably cede to political convenience and yet retain a meaningful normative content?

As the Director-General pithily put it in its 1994 report to the Conference, “we face a serious dilemma: either the provisions they [the Conventions] contain are made more flexible so as to make them more accessible to the majority, in which case the Conventions would lose some of their character; or else they include a minimum number of strict obligations, and the Conventions run the risk of being ratified by disappointingly few countries”.⁷¹ Or, as an Employer delegate has candidly stated, referring to international labour Conventions in general, “presumably, the less they say the more ratifiable they are supposed to be”.⁷² This latter statement crudely reflects the slippery road which leads from carefully-circumscribed flexibility to the outright flexibilization of standards.

Flexibility may appear especially attractive at a time of the increased softening of legislative processes and a marked preference for non-binding forms of legal regulation and compliance mechanisms. The flexibilization of international labour standards may seem an irreversible course of standard-setting policy. After all, it would only reflect at the legislative level the thrust to impose flexibilization that appears to prevail nowadays in each and every aspect of labour market regulation and labour relations. There is little doubt that the drafters of ILO Conventions are under growing pressure to make Conventions as non-committal as possible, to draw up hortatory provisions which merely identify policy objectives but involve no, or almost no concrete obligations. In this sense, to describe the deliberate softening of international labour standards as flexibility is a misnomer. Flexibility should remain an exceptional technique designed to offer common-sense solutions to specific problems of application, and not a stratagem for scrapping legal commitment altogether.

⁷¹ See International Labour Conference, 81st Session, 1994, *Defending values, promoting change – Report of the Director-General*, p. 48.

⁷² See International Labour Conference, 81st Session, 1994, *Record of Proceedings*, p. 27/23.

2. Flexibility and non-binding norms

Flexibility is often associated with a plea for the more widespread use of non-binding instruments such as international labour recommendations. The argument is here again principally related to ratifiability, suggesting that the adoption of recommendations should be more actively promoted in the light of the declining rate of ratification of certain conventions. In a rather oversimplified form, this amounts to saying that the Organization would do better to focus on the adoption of international labour recommendations since it can no longer be sure of the degree of acceptance that international labour conventions will receive in practice. In other words, to avoid the risk of having unpopular conventions, preference should be given to a system of producing more flexible, easy-to-digest (or “adopt-and-forget” as some would say) instruments, which carry no binding legal effects and which are accordingly be free of any supervisory constraints.

It is true, of course, that recommendations represent an under-exploited asset in the standard-setting system. Recommendations have over the years come to symbolize the price of compromise, the main terrain over which the Conference bargaining takes place; a preference for employers and a last-ditch defence for workers. However, those who are currently preoccupied with how a poor ratification record reflects on the credibility of the standard-setting system should attempt to imagine what the good faith observer would think tomorrow of the high-flown campaigns, global programmes, pacts or charters which might progressively come to replace binding norms under the pretext of flexibility and which may well prove to be even less successful.

While there is room for improving the content of recommendations, and while there is an urgent need to “rehabilitate” these instruments and transform them from dusty souvenirs of difficult Conference negotiations to self-sufficient instruments truly capable of guiding State action, the ILO’s mandate, as encapsulated in the Preamble and Article 19(1) of the Constitution, remains clear: the Organization is primarily intended to “regulate”, and to regulate by adopting Conventions, “unless the subject matter or some aspect of it dealt with [in the Office proposals] is not considered suitable or appropriate at that time for a Convention”. It would therefore be neither legally justified nor politically beneficial to promote the use of non-binding instruments at the expense of international labour Conventions, and even less so to do so under the pretext of pursuing the elusive goal of flexibility.

3. *Conclusions*

In the light of the above, the following conclusions may be drawn regarding the scope and impact of flexibility clauses used for the purpose of drafting international labour Conventions over the last fifteen years:

- (a) Drawing up international labour standards capable of addressing the social needs and aspirations of the one hundred and eighty-odd member States in a meaningful and pragmatic way has become an extremely ambitious exercise. Commonality comes at the price of less strict rules, more stretchable principles and wider relativity; hence the importance of drafting sufficiently flexible provisions.
- (b) Flexibility, both as a legislative technique and an overall objective, remains an integral part of the ILO's standard-setting policy. The nature and scope of the flexibility devices used in the standards which have been drawn up over the last fifteen years attest to the continuity and consistency of ILO action in these matters. In fact, practically all the various formulae and elements of flexibility employed in the instruments adopted since 1989 have already been used in previous instruments. Whether they consist of flexible definitions, exclusion clauses, qualified wording or provisions allowing for progressive implementation or gradual ratification, there has been little innovation in the forms of flexibility as compared to earlier standards.
- (c) What is new, however, is the pervasiveness of the flexibility discourse and the extraordinarily broad sense in which the plea for flexibility has been made in recent years. The Conference discussions reveal that flexibility is often invoked or advocated not to address existing disparities in industrial conditions or economic development, as expressly provided for in Article 19(3) of the Constitution, but to obtain the overall relaxation of standard-setting practices and procedures.
- (d) The degree to which ILO member States avail themselves of the various flexibility possibilities offered by the instruments remains low. This is possibly due to the fact that, at the time of adoption, ILO constituents generally tend to anticipate difficulties of application which often fail to materialize in practice. It may also be due to a relative lack of information as to the procedural aspects involved in some of the existing flexibility devices. The Office should therefore seek to ensure that the meaning and functioning of flexibility devices are sufficiently clear as part of its regular promotional and advisory services and activities on standards.
- (e) Flexibility should not be confused with inaccurate drafting. Clauses and legal techniques designed to render the normative content of proposed standards more acceptable and easily adaptable to national conditions are essential to any standard-setting activity, but should be clearly distinguished from open-ended expressions and vague terminology, which are most often used to conceal

serious disagreements and failure to reach consensual solutions within tight time-schedules. As noted in a recent Office paper on possible improvements to standard-setting activities, “it does happen that the Conference adopts provisions which are difficult to apply in practice or lack legal precision, or diverge in their form in a way that undermines consistency of drafting in the Organization’s body of standards or give rise to long and fruitless discussions within the drafting committee”.⁷³ It is no coincidence that the code of good drafting practices currently under preparation is expected to include indications, among other subjects, on the formulation of flexibility clauses.⁷⁴

- (f) The more technical the Convention is, the greater recourse is made to flexible drafting techniques, exception clauses and other arrangements affording considerable latitude in implementing the proposed standards.
- (g) The inter-relationship between flexibility and ratifiability remains enigmatic. It is very difficult to establish with any precision the real impact that the specific flexibility clauses included in a given instrument may have had on the ratification of that instrument. It is equally speculative to argue, let alone prove, that other flexible arrangements, had they been adopted, would have elicited a larger number of ratifications. In the final analysis, it would seem that the concern to improve ratifiability is much more a cherished negotiating technique for certain constituents than a measurable parameter related to the existence of special national conditions.
- (h) The new consolidated maritime labour Convention offers a glimpse of the future in matters of standard-setting. The model may not be readily transposable to other fields. It is certain, however, that if and when another consolidation exercise is undertaken, the same key objectives of flexibility and rationalization will apply.

Finally, the crux of the matter is whether and how it would be possible to draw a clear distinction between real flexibility devices and clauses of sweeping normative variability. The former are genuine tools of suppleness and adaptability which can facilitate the ratification and application of standards, while the latter give rise to legal uncertainty, loopholes and misinterpretations. The challenge is to make sound use of flexibility techniques of the former type, while steering clear of the lure of the latter. Admittedly, this is a delicate exercise, as with most legal exercises, requiring good judgment, creativeness and openness, but also an unmistakable sense of legal rigour, or in other words all the virtues that Nicolas Valticos so ably commanded and artfully used throughout his long career.

⁷³ See GB.286/LILS/1/1 (March 2003), para. 37.

⁷⁴ *Ibid.*, para. 41.

Les recommandations internationales du travail: instruments mal exploités ou maillon faible du système normatif?

George P. Politakis et Kroum Markov***

I. Introduction

Quiconque envisage de penser à la place et au rôle de l'OIT, tant d'une manière rétrospective que prospective, en vient inmanquablement à réfléchir sur l'impressionnante activité normative à laquelle celle-ci s'est livrée depuis sa création en 1919. L'élaboration de normes internationales du travail a, en effet, représenté et représente toujours l'une des tâches primordiales de l'Organisation, bien qu'au fil des années d'autres fonctions comme la coopération technique soient, fort judicieusement, venues se greffer à celle-ci afin de constituer toute une palette de moyens à sa disposition dans la promotion du progrès social. Le succès de l'entreprise normative pourrait même sembler avoir dépassé les espérances des pères fondateurs, tant il est vrai que le nombre des normes internationales du travail paraît considérable – pas moins à ce jour de 379 instruments, dont 185 conventions et 194 recommandations.¹

Toutefois, si l'on emploie ordinairement le terme de normes internationales du travail, ne vise-t-on pas simplement celles de ces normes qui ont la faculté d'engendrer des obligations tangibles² et n'a-t-on pas tendance à laisser

* Service de la protection sociale et des conditions de travail, Département des normes internationales du travail.

** Service de la protection sociale et des conditions de travail, Département des normes internationales du travail.

¹ Cet ensemble normatif a toutefois traversé différentes étapes auxquelles il a dû être adapté, si bien qu'un effort a été fait ces 30 dernières années pour dresser un état des lieux des instruments et classer ceux-ci dans différentes catégories en fonction de leur actualité. Un total de 5 conventions et 20 recommandations ont ainsi déjà été retirées en raison de leur caractère obsolète lors des 88^e et 90^e sessions de la Conférence internationale du Travail (2000 et 2002); voir Conférence internationale du Travail, 88^e session, 2000, *Compte rendu des travaux*, p. 18/1 et Conférence internationale du Travail, 90^e session, 2002, *Compte rendu des travaux*, p. 22/1. En outre, le retrait pour les mêmes motifs de 16 autres recommandations vient d'être décidé à la 92^e session de la Conférence en 2004.

² En effet, bien qu'elles soient destinées à créer des obligations, les conventions n'ont pas, en elles-mêmes, d'effet obligatoire, lorsqu'elles n'ont pas été préalablement ratifiées par les Etats Membres.

ainsi de côté plus de la moitié du corpus normatif que représentent les recommandations internationales du travail? Tel semble pourtant être le cas, du moins si l'on en juge par la rareté des sources dédiées à l'analyse des normes internationales du travail qui se penchent sur l'examen de l'influence exercée par les recommandations – définies récemment comme des «instruments non contraignants [pourtant] censées définir les objectifs de l'Organisation dans un domaine particulier et à un moment donné, et qui fixent des orientations à l'intention des Etats Membres en matière de politique sociale».³

Les recommandations internationales du travail ont, en effet, souffert d'une manière chronique d'une certaine conception de l'élaboration des normes les percevant uniquement comme des accessoires des conventions internationales du travail, voire pire comme de simples reproductions des dispositions de base des conventions qu'elles accompagnent ou des «remises» pour certaines autres dispositions jugées non-appropriées, trop détaillées ou controversées pour figurer dans un instrument ayant force obligatoire. Cette fâcheuse réalité n'est pas passée inaperçue. En effet, la tendance persistante consistant à capitaliser sur l'adoption de conventions au détriment des recommandations a été régulièrement identifiée dans de nombreux rapports présentés par le Directeur général à la Conférence. Dès 1964, le Directeur général avait ainsi estimé qu'il ne faisait guère de doute que les recommandations ont été considérées longtemps au sein du BIT comme les parentes pauvres des conventions et exprimé l'espoir qu'un changement radical dans le statut et l'efficacité pratique des recommandations puisse être enclenché par les nouvelles procédures de rapport sur les recommandations instituées lors de l'amendement de l'article 19 de la Constitution en 1946.⁴

Dans la même veine, le rapport du Directeur général de 1984 a regretté le fait que les recommandations soient de plus en plus perçues par la Conférence comme des instruments de second rang et considéré que l'une des questions essentielles pour le futur serait de s'interroger si un plus grand usage ne devrait pas de nouveau être fait des instruments non obligatoires, en réservant aux conventions les questions importantes et propres à une définition et une action précises.⁵ Quelques années plus tard, en 1994, le Directeur général avait

³ Voir GB.277/LILS/WP/PRS/1/1, paragr. 38, p. 15. Les recommandations doivent être distinguées d'autres instruments élaborés au sein de l'Organisation que sont les recueils de directives pratiques, les résolutions adoptées par la Conférence ou encore les conclusions et résolutions adoptés par ses comités techniques; leur base juridique n'étant pas de nature constitutionnelle, ces derniers ne sont pas soumis au même régime juridique que les recommandations et ne seront pas examinées dans le cadre du présent article.

⁴ Voir Conférence internationale du Travail, 48^e session, 1964, *Rapport du Directeur général*, pp. 191-192.

⁵ Voir Conférence internationale du Travail, 70^e session, 1984, *Rapport du Directeur général*, pp. 15-16. Il convient d'observer que le Groupe de travail établi par le Conseil d'administration pour donner suite à la discussion sur les normes internationales du travail à la Conférence

considéré que lorsqu'une convention ne peut être rendue ratifiable qu'au prix d'une dilution de son contenu normatif, il semblerait bien préférable d'opter pour une recommandation réellement autonome au contenu clair, précis et détaillé, dont les Etats Membres pourraient s'inspirer au fur et à mesure de leurs progrès. Il a, en conséquence, invité la Conférence à réexaminer la pratique consistant à coupler presque systématiquement convention et recommandation sur le même sujet.⁶ En 1997, enfin, le Directeur général a estimé que si les recommandations devaient un jour retrouver leur place véritable, elles devraient pour cela redevenir des instruments autonomes n'étant pas liées à des conventions et, plus important encore, qu'elles devraient faire l'objet du suivi régulier prévu par la Constitution.⁷

Dans ces circonstances, se demander si les recommandations représentent des instruments mal exploités ou le maillon faible du système normatif revient à s'interroger sur le point de savoir si, en n'utilisant pas celles-ci à bon escient, on ne fragilise pas l'équilibre et du même coup la crédibilité de l'ensemble du système normatif. Afin de répondre à cette question, le présent article aura pour objet de tenter d'évaluer la mesure dans laquelle les recommandations sont parvenues à remplir leur mission au service des principes et des idéaux défendus par l'OIT. Il sera à cet effet nécessaire de cerner en premier lieu la manière dont l'OIT envisageait le rôle de ces normes que sont les recommandations au sein de son système normatif tel qu'établi par sa Constitution (II), avant d'examiner l'usage fait des recommandations dans la pratique (III) ainsi que la raison pour laquelle il existe un sentiment mitigé quant à l'efficacité de ce type d'instrument à orienter l'action du législateur national (IV). La réflexion se portera ensuite sur la place des recommandations dans la future politique normative de l'Organisation à travers l'esquisse des solutions destinées à remédier à leur inefficacité ou manque de visibilité (V) et se conclura en dressant quelques remarques finales (VI).

internationale du Travail de 1984 avait été dans l'incapacité de faire quelque recommandation que ce soit en ce qui concerne la politique générale d'élaboration de normes en raison de la diversité d'opinions sur les modalités de l'action normative de l'OIT, notamment en ce qui concerne le rythme auquel l'élaboration de normes devrait être poursuivie au cours des années à venir, l'attention qui devrait être accordée respectivement à l'adoption de nouvelles normes et à la révision des normes existantes, à l'abrogation des normes périmées, à la forme des instruments susceptible d'assurer un maximum d'impact aux normes adoptées, et au degré optimum de souplesse à prévoir; voir *Bulletin Officiel*, vol. 70, 1987, Série A, numéro spécial, paragr. 9-10, p. 4.

⁶ Voir Conférence internationale du Travail, 81^e session, 1994, *Rapport du Directeur général*, pp. 48-49.

⁷ Voir Conférence internationale du Travail, 85^e session, 1997, *Rapport du Directeur général*, p. 57.

II. Les origines constitutionnelles des recommandations – un accident historique?

Alors qu'il paraît aujourd'hui acquis et bien établi de parler des normes internationales du travail comme d'un ensemble qui recouvre des conventions et des recommandations, tel n'était point le dessein originel dans l'esprit des pères fondateurs. Sans nous étendre longuement sur le sujet, on rappellera que le système imaginé par ces derniers ne comprenait en effet que l'instrument conventionnel doté d'une originalité qui ne cesse d'étonner presque plus d'un siècle plus tard – l'applicabilité directe de celles-ci sans recours à la ratification.⁸ C'est dans ce contexte et alors que les discussions relatives à la Partie XIII du Traité de Versailles arrivaient quasiment à leur terme, qu'est apparue la proposition américaine d'introduire un second type d'instrument prenant la forme de recommandations non-contraignantes. Les Etats-Unis faisaient en effet état de difficultés d'ordre constitutionnel qualifiées d'insurmontables tenant au fait que le pouvoir fédéral ne dispose pas dans ce pays de compétences en matière de législation du travail et qu'il n'a dès lors pas le pouvoir d'accepter des obligations internationales dans ce domaine au nom de ses composantes fédérées.

Dans ces conditions, des discussions se sont ouvertes pour tenter d'arriver à un compromis susceptible de recevoir l'aval des Etats-Unis et en l'absence duquel l'ensemble du projet risquait d'être remis en cause. Bien que les autres délégations représentées n'eurent, sur le fond, rien à objecter à la proposition américaine de créer des recommandations, celle-ci déclencha une discussion très vive en raison du fait qu'elle avait pour conséquence dans l'esprit de son auteur, le juriste constitutionnaliste américain, George Shotwell, de remplacer, par principe, l'adoption de conventions par l'adoption de recommandations.⁹ Un compromis fût finalement atteint après d'âpres discussions. Dans le schéma retenu, la Conférence serait libre de décider de la forme de l'instrument – convention soumise aux autorités compétentes aux fins de ratification ou recommandation soumise à ces mêmes autorités pour considération.

Selon le rapport de la sous-commission sur l'article 19, l'élaboration d'une recommandation *au lieu* d'une convention serait entièrement laissée à la discrétion de la Conférence lorsque des «questions qui, par suite de leur complexité ou des différences considérables existant entre les Etats, ou pour toute autre

⁸ Les autorités compétentes disposeraient toutefois de la faculté de rejeter par un acte formel ces instruments.

⁹ On notera son argumentation développée pour justifier le recours aux recommandations plutôt qu'aux conventions et qui mettait en garde contre le fait que si elle voulait s'engager dans la voie des seules conventions, la Conférence internationale du Travail risquerait de ne pas pouvoir en adopter un grand nombre et périrait par manque d'activité; voir George Shotwell, *The Origins of the International Labor Organization*, vol. II, 1934, p. 266. Pour un aperçu général des débats autour de l'article 19, voir *ibid.*, vol. I, pp. 146-163.

raison, se prêteraient difficilement à la rédaction des dispositions précises d'une convention destinée à être appliquée universellement». ¹⁰ Alors qu'en pareil cas, l'adoption d'une convention pourrait être impossible, la recommandation d'un principe avec plus ou moins de détails, laissant à chaque Etat toute liberté pour l'appliquer selon le mode convenant le mieux à leur situation particulière, pourrait certainement bénéficier d'une valeur considérable. Dans l'éventualité où, toutefois, une convention échouerait à recevoir l'aval des autorités (ratification) et où une recommandation ne donnerait naissance à aucune mesure en droit interne, les Etats membres seraient libérés de toutes autres obligations. Les Etats seraient ainsi considérés comme ayant rempli toutes leurs obligations dès lors que les instruments adoptés par la Conférence auraient été soumis aux autorités compétentes. Ce système a ultérieurement été modifié à l'issue de la seconde guerre mondiale pour permettre que, tant les conventions non ratifiées que les recommandations, puissent faire l'objet d'un suivi.

Actuellement, l'article 19(1) de la Constitution dispose que la Conférence, lorsqu'elle se prononce pour l'adoption de propositions relatives à un objet à l'ordre du jour, détermine si ces propositions devront prendre la forme: a) d'une convention internationale; b) ou bien d'une recommandation, *lorsque l'objet traité ou un de ses aspects ne se prête pas à l'adoption immédiate d'une convention*. Si l'on s'en tient à l'exégèse, la formulation retenue tend à démontrer une préexcellence de la forme conventionnelle. En effet, lu *a contrario* cet article prévoit que, dès lors qu'elle est possible, l'adoption immédiate d'une convention devrait primer sur l'adoption d'une recommandation. Une telle lecture serait toutefois contraire à l'esprit du texte, qui donne à l'Organisation deux moyens normatifs différents pour promouvoir ses valeurs et principes, sans pour autant introduire une quelconque idée de concurrence ou de hiérarchie entre ceux-ci. Dans cet esprit, les recommandations étaient à l'origine perçues comme «un moyen d'exploration du domaine des réformes sociales», ou des «mesures expérimentales qui devaient permettre, par la suite, d'incorporer dans une convention celles des dispositions d'une recommandation qui, à la lumière de l'expérience, se révéleraient appropriées à un tel stade». ¹¹

¹⁰ *Ibid.*, vol. II, p. 362.

¹¹ Voir Rapport de la Délégation de la Conférence pour les questions constitutionnelles, Conférence internationale du Travail, 29^e session, 1946, *Rapport II (1)*, p. 40. Comme il y a été souligné, «une méthode efficace à employer pour assurer une soigneuse préparation des conventions consiste à commencer par adopter une recommandation aux fins d'en incorporer progressivement dans des conventions, à un stade ultérieur, telles de ses dispositions qui paraissent s'y prêter, à la lumière des expériences qui ressortent des rapports des Membres sur l'application de cette recommandation. Une telle méthode permet de tenir compte d'expériences pratiques plus riches et plus variées que celles dont on disposerait sur la seule base des réponses des gouvernements à un questionnaire»; *ibid.*, p. 68. Dans ses conclusions, la Délégation a exprimé l'espoir que le «le texte amendé [de l'article 19] servira d'encouragement, dans les cas indiqués, à préparer la voie grâce à des recommandations de caractère expérimental, pour l'adoption ultérieure de conventions, et fera d'une telle méthode une caractéristique bien établie de la procédure de l'Organisation internationale du travail»; *ibid.*

Leur principale fonction serait «d'aider à traiter avec sagesse les problèmes sociaux sur le plan national, en formulant d'une manière qui fait autorité des normes ou des principes où sont incorporées les conclusions tirées de l'expérience de nombreux pays. [...] Ces normes [tireraient alors] leur autorité du fait qu'elles ont été approuvées par une conférence internationale qui est représentative des intérêts en cause, qui dispose d'une solide documentation technique et de connaissance spécialisées approfondies, et qui est mondiale dans sa composition».¹²

La Constitution prévoit, en outre, depuis l'amendement de 1946, que les recommandations et les conventions non-ratifiées feraient désormais l'objet d'un suivi de la part des organes de contrôle. L'introduction de cette procédure était motivée par l'idée que le réexamen à des intervalles réguliers des recommandations et conventions non-ratifiées fournirait de nouvelles opportunités pour amener les législations nationales à se rapprocher des instruments examinés et permettrait ainsi à ces instruments d'avoir un impact à plus long terme.

Il convient de souligner, pour conclure, qu'au moment de leur conception les recommandations devaient remplacer et non suppléer les conventions. Cette fonction clairement distincte des conventions et recommandations internationales du travail, telle que l'envisageaient les rédacteurs de l'article 19, est le mieux décrite par George Scelle lorsqu'il écrit que «la recommandation pourrait servir à la fois de succédané ou de préface à la convention, la Conférence conservant toujours la faculté de transformer une recommandation en convention, lorsque le temps l'aurait mûrie».¹³

¹² *Ibid.*, p. 41.

¹³ Voir Georges Scelle, *L'Organisation internationale du travail et le B.I.T.*, 1930, p. 168.

III. Bilan d'une pratique normative contradictoire et peu efficace

Comme cela ressort des observations formulées ci-dessus, rien, dans les textes du moins, ne saurait prédisposer les recommandations à être qualifiées de «maillon faible» du système normatif de l'OIT. L'insatisfaction liée au rôle dévolu à ces instruments est pourtant allée croissant au fil des ans. Si, dès lors, on cherche à en connaître les causes, c'est vers la pratique normative de l'OIT elle-même qu'il convient de se tourner.

1. Les recommandations victimes d'une conception hiérarchique de leur rapport avec les conventions

L'histoire normative de l'OIT démontre, en effet, que l'esprit de l'article 19(1) de la Constitution n'a été suivi que de manière partielle. A cet égard, le mandat constitutionnel de l'OIT est, si l'on se réfère aux objectifs énoncés par le Préambule de la Constitution, clairement de réglementer et de le faire au moyen de conventions internationales à moins que l'objet traité ou un de ses aspects ne soit considéré comme étant, à un moment précis, inapproprié à l'adoption d'une convention à un certain moment dans le temps. Comme cela a très justement été observé, «la recommandation conserve un intérêt comme première tentative, comme travail d'approche. Mais elle n'est jamais qu'un début: l'œuvre n'est parfaite que par une Convention ratifiée par un nombre suffisants d'Etats».¹⁴

Dans la pratique cependant cette logique a fait que la forme conventionnelle a bénéficié d'une «illusion d'optique», pour employer une expression reprise au rapport du Directeur Général de 1945, aboutissant à l'octroi à la forme conventionnelle d'une importance symbolique injustifiée, «en sorte qu'on en vint à l'utiliser dans des cas où une recommandation eût été préférable».¹⁵ A l'appui de cette constatation, l'on évoquera le fait que le groupe des travailleurs a, avec beaucoup de constance, privilégié l'adoption de conventions nonobstant leur faible taux de ratification en avançant que les conventions, même non ratifiées, pouvaient néanmoins avoir une influence sur la législation et la pratique nationales. Or, cet argument a pour effet de contester *a contrario* cette même faculté aux recommandations. Un ordre hiérarchique a ainsi eu tendance à s'établir entre la convention et la recommandation, la première étant considérée comme un instrument capable

¹⁴ Voir Paul Ramadier, "Conventions et recommandations de l'Organisation internationale du travail", *Droit social*, vol. 14, 1951, p. 603.

¹⁵ Voir Conférence internationale du Travail, 27^e session, 1945, *Rapport du Directeur général*, p. 176.

d'un effet positif, la seconde «comme une sorte de succédané, foncièrement dépourvue d'efficacité»¹⁶. En effet, le constat était déjà dressé en 1945:

Chercher à accroître l'autorité d'un texte qui, au fond, est une recommandation en l'exprimant sous la forme d'une convention, avec l'espoir de lui conférer le prestige supplémentaire qui peut s'attacher à celle-ci, c'est un peu comme si l'on cherchait délibérément à saper l'autorité à la fois des conventions et des recommandations [...] Pareille conception masque le véritable caractère des conventions [...] et tend à discréditer la technique de la convention du fait que de nombreux Etats négligeront de les ratifier. De même, elle tend à discréditer aussi la recommandation en laissant gratuitement entendre que celle-ci, n'étant pas un instrument créateur d'obligations, est inefficace en tant qu'instrument propre à influencer, par la définition qu'elle donne d'une norme internationale, la politique et la législation.¹⁷

Néanmoins, et en dépit de ce constat, dressé alors que l'élaboration du corpus normatif était encore balbutiante comparée à ce qu'il allait devenir quelque 50 années plus tard, l'on observe que la pratique subséquente qui a présidé dans l'élaboration et l'adoption des normes internationales du travail n'a en rien changé et que la *conception hiérarchique* opposant les conventions et les recommandations a même fini par, peu à peu, s'amplifier et occulter le fait que ces instruments, tout en ayant les mêmes fins, n'en ont pas moins des fonctions différentes. Citons à titre d'exemple de cette pratique consistant à adopter des conventions plutôt que des recommandations, en ne tenant que peu compte de la maturité du sujet choisi ou de sa nature inadaptée à faire l'objet d'une convention, le cas du salaire minimum des gens de mer, domaine que les constituants ont, dès 1920, entendu réglementer.

On observe, en effet, que pas moins de 3 conventions (n^{os} 76, 93 et 109 adoptées respectivement en 1946, 1949 et 1958) ont été adoptées pour tenter de poser des règles dans ce domaine. Or, celles-ci ne devaient jamais entrer en vigueur et, comme s'il s'agissait de se rendre à l'évidence que ce thème se prête mieux à un traitement par voie de recommandations, c'est finalement cette voie qui a été retenue en 1996 pour offrir le cadre normatif adapté à la fixation des montants du salaire ou de la solde de base mensuels minima à travers l'adoption de la recommandation n^o 187 sur les salaires et la durée du travail des gens de mer et les effectifs des navires.¹⁸ Il convient d'observer à cet égard que la procédure établie par la recommandation n^o 187 et les salaires minima ainsi fixés sont, dans la pratique, largement observés.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ A cet égard, le rapporteur de la commission en charge de la révision de la convention et de la recommandation n^o 109 sur les salaires, la durée du travail à bord et les effectifs (révisée)

2. *La banalisation de l'adoption en parallèle des conventions et des recommandations*

L'éloignement des termes originaux du texte constitutif de l'Organisation est encore plus prononcé si l'on considère la consolidation progressive d'une pratique normative tendant à l'adoption en tandem de conventions et recommandations portant sur le même sujet. Certes, l'adoption de conventions n'a jamais cessé de croître, en dépit du scepticisme affiché assez tôt en ce qui concerne l'opportunité d'utiliser la formule de la convention à propos de certains thèmes.¹⁹ En parallèle toutefois, la différenciation découlant de la Constitution en ce qui concerne le rôle et la portée de chacun des deux types de normes prévues a été peu à peu abandonnée. Les recommandations, du moins une grande partie d'entre elles, sont ainsi devenues une sorte de «*conventions bis*» – la force obligatoire en moins – adoptée en même temps qu'une convention et «*récupérant*» certaines dispositions dont les constituants avaient jugé utile de «*délester*» leur grande sœur – la convention.²⁰

Confirmant la perception largement partagée selon laquelle les recommandations sont au mieux subsidiaires aux conventions, l'ensemble des recommandations non autonomes adoptées lors de vingt dernières années contiennent

de 1958 a indiqué que les trois «conventions [adoptées antérieurement] sur ce sujet n'ont pas réussi à entrer en vigueur parce qu'elles avaient inclus les salaires; voir Conférence internationale du Travail, 84^e session, 1996, *Compte rendu des travaux*, p. 27. Partageant cette analyse, le représentant des membres employeurs a estimé qu'en matière de salaires une recommandation constituait le cadre juridique approprié permettant la poursuite des travaux de la Commission paritaire maritime, chargée de la révision du salaire minimum des matelots qualifiés; voir Conférence internationale du Travail, 84^e session, 1996, *Compte rendu des travaux*, p. 29.

¹⁹ Comme le soulignait Edward Phelan en 1945, «lorsqu'il s'agit de principes généraux, il semble contre-indiqué d'avoir recours à la formule de la convention dans le cas où la Conférence se propose non pas d'obtenir des gouvernements qu'ils souscrivent à des obligations qui les lient, mais principalement ou exclusivement d'influencer le développement de la législation et de la pratique en définissant une norme internationale; en pareil cas, l'instrument à utiliser est la recommandation»; voir Conférence internationale du Travail, 27^e session, 1945, *Rapport du Directeur général*, p. 176.

²⁰ Dans un document intitulé *Les activités normatives de l'OIT – Prise de position de l'Organisation internationale des employeurs*, adopté par le Conseil général de l'OIE, le 9 juin 2000, l'on peut lire que «la pratique actuelle consistant à adopter une convention accompagnée d'une recommandation sur un sujet donné a contribué à la prolifération du nombre de conventions non-ratifiées et a, parallèlement, affaibli le statut des recommandations qui sont souvent les «poubelles» des questions difficiles soulevées lors des débats sur les conventions». En outre, dans un document de mars 1994 intitulé *Les normes de l'OIT: l'approche des employeurs*, l'une des huit propositions formulées tendant à l'amélioration du système normatif était de «revaloriser la recommandation comme instrument autonome: le couple convention + recommandation n'a pas une valeur absolue: chacune de ces formes d'instrument a sa valeur propre; leur utilisation conjointe ou séparée doit être appréciée dans chaque cas»; Conférence internationale du Travail, 81^e session, 1994, *Compte rendu des travaux*, p. 25/65. Voir aussi Jean-Jacques Oechslin, «Les employeurs et les normes internationales du travail» dans René-Jean Dupuy (éd.), *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos – Droit et justice*, 1999, pp. 585-593.

en préambule un paragraphe indiquant la décision de la Conférence d'adopter certaines propositions sous la forme d'une recommandation «complétant» une convention portant sur le même sujet, alors qu'aucune indication analogue ne se retrouve dans le préambule des conventions respectives.²¹ Ainsi, restant presque toujours dans l'ombre de la convention-mère, les recommandations n'ont pu, en règle générale, que souffrir d'un manque de visibilité. Il apparaît clairement du reste que négocier et adopter à tout prix une convention et une recommandation portant sur le même sujet fait qu'on ne peut efficacement éviter que cette dernière soit éclipsée par la première.

Le «jumelage» donc quelque peu forcé des recommandations adoptées par la Conférence avec des conventions portant sur le même thème constituerait par conséquent un autre élément, sinon le principal, à l'origine du faible impact des recommandations sur les droits et pratiques nationaux. Le rapport du Directeur général de 1997 sur l'action normative de l'OIT à l'heure de la mondialisation soulevait déjà ce point: «le vrai problème est là: *si l'on veut que les recommandations retrouvent leur place véritable, il est essentiel d'abord qu'elles puissent retrouver leur autonomie par rapport aux conventions*».²² Et le rapport de constater que «les rares recommandations autonomes sont bien souvent obsolètes ou tombées dans l'oubli».²³

Par ailleurs, la possibilité pour les Etats Membres de l'OIT d'accepter, refuser ou de n'accepter qu'en partie les recommandations adoptées par la Conférence n'a certainement pas contribué à créer une cohésion des engagements et par conséquent à favoriser leur mise en œuvre, les Etats demeurant totale-

²¹ Il est intéressant de noter qu'à plusieurs reprises une clause spécifique a été intégrée au texte de la recommandation dans le but de préciser que les dispositions de celle-ci complètent celles de la convention correspondante et devraient «s'appliquer conjointement» ou «être considérées concurremment» avec elles; voir, par exemple, la recommandation n° 177 sur les produits chimiques, 1990, la recommandation n° 181 sur la prévention des accidents industriels majeurs, 1993, la recommandation n° 182 sur le travail à temps partiel, 1994, la recommandation n° 183 sur la sécurité et la santé dans les mines, 1995, la recommandation n° 188 sur les agences d'emploi privées, 1997, et la recommandation n° 190 sur les pires formes de travail des enfants, 1999. Cette formulation a toutefois soulevé des objections lui reprochant d'être susceptible d'entraîner une confusion quant au statut juridique des recommandations. Selon le Bureau, il s'agit là d'une formule type utilisée dans les recommandations afin d'éviter les redites dans les définitions telles qu'elles figurent dans le texte des conventions; voir, par exemple, Conférence internationale du Travail, 85^e session, 1997, *Compte rendu des travaux*, paragr. 358, p. 16/55; Conférence internationale du Travail, 86^e session, 1998, *Compte rendu des travaux*, paragr. 238, p. 19/60; Conférence internationale du Travail, 87^e session, 1999, *Compte rendu des travaux*, paragr. 266, p. 19/61. On s'étonnera, toutefois, de ne pas trouver une telle clause dans d'autres recommandations comme celle sur la protection de la maternité, 2000 (n° 191) et celle sur la sécurité et la santé dans l'agriculture, 2001 (n° 192), alors même que ces instruments ne manquent pas de faire de nombreuses références, respectivement, à la convention n° 183 et 184. Qui plus est, la recommandation n° 182 sur le travail à temps partiel, 1994, réitère les définitions contenues dans la convention n° 175 alors même qu'elle emploie une clause selon laquelle ses dispositions «devraient être considérées concurremment» avec celles de la convention.

²² Voir Conférence internationale du Travail, 85^e session, 1997, *Rapport du Directeur général*, p. 57.

²³ *Ibid.*, p. 58.

ment libres de la suite à donner ou non à ces instruments, quand bien même ils auraient voté en faveur de leur adoption. En effet, si l'engagement moral de transposer en droit interne les conventions adoptées par la Conférence s'est peu à peu estomper au fil du temps, ce phénomène est encore plus accentué en ce qui concerne les recommandations, d'autant que celles-ci viennent s'ajouter le plus souvent à des conventions qui ont alors un effet drainant en termes de visibilité. De surcroît, les Etats dont les droits nationaux reflètent la teneur d'une recommandation n'indiquent pratiquement jamais que leur intention était de transposer une recommandation en droit interne.

Le couple convention-recommandation qui est, on le répète, un pur produit de la pratique normative et ne repose sur aucune obligation constitutionnelle, est très probablement né de la volonté de permettre à un petit nombre de pays socialement plus avancés que la majorité des autres membres de l'OIT de tendre vers des normes dépassant la protection prévue par leur droits nationaux. En cela, cette pratique est fort louable et va dans le sens du développement progressif du droit international social et du travail. Cependant, du fait de leur manque d'autonomie, du nombre restreint de leurs destinataires potentiels et de leur rattachement «ombilical» à des conventions, ces recommandations non-autonomes n'ont pas produit d'effets majeurs. Cette pratique a, qui plus est, eu pour résultat de réduire à la portion congrue, l'autre type de recommandations dites «autonomes», remplacées par des conventions à l'impact discutable.

On observe, en effet, que si ces recommandations autonomes ont constitué une part non négligeable de l'ensemble des recommandations adoptées au sein de l'OIT, l'on ne peut que constater l'inexorable déclin de ce type de normes au cours de l'histoire de l'Organisation. Ainsi, alors qu'elles constituaient 55 pour cent des recommandations adoptées pour la période allant de 1951 à 1970, les recommandations autonomes n'ont représenté que 5 des 44 recommandations adoptées entre 1969 et 1989. Cette tendance est confirmée par la pratique normative récente puisque parmi les 24 recommandations adoptées lors de vingt dernières années, trois seulement ont un caractère autonome n'étant pas liées à une convention.²⁴ On observera cependant que les trois recommandations susmentionnées ont toutes été adoptées depuis 1998 et qu'une autre recommandation «autonome» sur les ressources humaines a été adoptée en 2004 par la Conférence, ce qui pourrait laisser présager un revirement de tendance bien qu'il soit encore trop tôt pour l'affirmer.

²⁴ Il s'agit des recommandations suivantes: Recommandation n° 189 sur la création d'emplois dans les petites et moyennes entreprises, 1998; Recommandation n° 193 sur la promotion des coopératives, 2002; Recommandation n° 194 sur la liste des maladies professionnelles, 2002.

3. Un contenu souvent inadapté, n'ayant pas toujours une réelle plus-value normative, et parfois redondant

Etroitement lié à la pratique consistant à proposer l'adoption d'une recommandation dans le sillage de chaque convention, le contenu des recommandations n'est, pour sa part, pas non plus exempt de critiques. Il est parfois dépeint comme se bornant à répéter les dispositions contenues dans la convention en y ajoutant des précisions d'ordre technique ne pouvant pas figurer dans la convention et d'autres fois, comme relevant davantage de celui de résolutions qu'à des textes devant guider et servir de modèle pour l'action future dans le domaine social des constituants de l'Organisation. Un nombre significatif d'exemples illustrent la manière quasi mécanique dont les recommandations sont préparées. Comme cela a déjà été observé, certaines dispositions des recommandations sont une répétition textuelle des principales dispositions des conventions. La recommandation n° 174 sur le rapatriement des marins, 1987, constitue, à cet égard, un exemple frappant dans la mesure où son unique paragraphe reproduit à l'identique le texte de l'article 5(a) de la convention n° 166 portant sur le même sujet.

Dans un grand nombre de cas les projets de conventions ont été dépouillés de leurs dispositions les plus controversées, lesquelles se sont finalement retrouvées dans la recommandation jumelle au moyen de compromis de dernière minute. Cette observation tend, à son tour, à confirmer l'embarassant sentiment selon lequel les recommandations ne sont au plus que des substituts permettant d'éviter la mise à l'écart de certaines dispositions qui ne parviennent pas à rassembler le consensus nécessaire pour figurer dans la convention. A titre d'exemple on citera le paragraphe 11 de la recommandation n° 180 sur la protection des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur, 1992 – cette disposition figurait à l'origine dans le projet du texte de la convention n° 173, mais s'étant révélé trop controversée, en a été retiré avant de finalement refaire surface en tant que dernier paragraphe de la recommandation.²⁵

Dans d'autres cas, les dispositions des recommandations ne peuvent exister seules, mais doivent être lues et comprises conjointement avec les articles correspondants de la convention. Ainsi, la recommandation n° 192 sur la sécurité et santé dans l'agriculture, 2001, détaille-t-elle dans ses paragraphes successifs les mesures à prendre «pour donner effet» ou «aux fins de l'application» des articles de la convention n° 184 auxquels il n'est fait qu'une référence

²⁵ Le projet initial qui traitait du droit des travailleurs d'être informés et consultés eu égard à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité affectant leurs créances avait été fortement critiqué comme étant irréaliste, difficile à mettre en œuvre, imprécis et pouvant susciter des problèmes d'interprétation; voir Conférence internationale du Travail, 79^e session, 1992, *Compte rendu des travaux*, pp. 25/21, 25/34.

numérique. En net contraste, lorsqu'il s'agit de donner des définitions terminologiques ou de déterminer leur champ d'application, les recommandations reproduisent de manière systématique et dans leur entier les dispositions correspondantes des conventions.²⁶ L'unique explication logique de ce phénomène serait de présumer que la véritable intention des rédacteurs était de créer des instruments pleinement indépendants, or cette contradiction est trop manifeste pour ne pas être relevée.

En effet, les recommandations suivent, en règle générale, la structure des conventions correspondantes ou viennent préciser certaines dispositions particulières de l'instrument-mère. Il ne semble dès lors pas y avoir de raison impérieuse destinant les recommandations à continuer d'être des instruments juridiques séparés au lieu d'être rattachées aux règles conventionnelles qu'elles sont supposées clarifier. A titre d'exemple, l'on mentionnera plusieurs paragraphes de la recommandation n° 183 sur la sécurité et la santé dans les mines, 1995, qui définissent de manière détaillée les exigences posées en termes généraux par la convention n° 176 de 1995 portant sur le même sujet.²⁷ Nombreux sont également les paragraphes de la recommandation n° 192 sur la sécurité et santé dans l'agriculture, 2001, qui détaillent certaines des obligations posées par la convention n° 184 sur la sécurité et la santé dans l'agriculture, 2001.²⁸ Le paragraphe 4 de la recommandation n° 180 sur la protection des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur, 1992, constitue un

²⁶ Voir, par exemple, le paragraphe 3 de la recommandation n° 172 sur l'amiante, 1986, et l'article 2 de la convention n° 162; les paragraphes 1 et 2 de la recommandation n° 173 sur le bien-être des gens de mer, 1987, et l'article 1(1), (3) de la convention n° 163; le paragraphe 2 de la recommandation n° 175 sur la sécurité et la santé dans la construction, 1988, et l'article 2 de la convention n° 167; les paragraphes 1 à 3 de la recommandation n° 178 sur le travail de nuit, 1990, et les articles 1, 2(1) et 11 de la convention n° 171; le paragraphe 4(1) de la recommandation n° 179 sur les conditions de travail dans les hôtels et restaurants, 1991, et l'article 8(1) de la convention n° 172; le paragraphe 2 de la recommandation n° 182 sur le travail à temps partiel, 1994, et l'article 1 de la convention n° 175; les paragraphes 1 et 2 de la recommandation n° 184 sur le travail à domicile, 1996, et les articles 1 et 2 de la convention n° 177; le paragraphe 1 recommandation n° 187 sur les salaires et la durée du travail des gens de mer et les effectifs des navires, 1996, et l'article 1 de la convention n° 180.

²⁷ Pour n'en citer que quelques uns, le paragraphe 8 énumère ainsi en quoi devraient consister les prescriptions à suivre en matière de sauvetage dans les mines et de premiers soins établis par l'article 5(4)(a) de la convention; le paragraphe 16 énumère les situations pouvant être définies comme des «risques particuliers» au sens de l'article 7(g) de la Convention; et le paragraphe 21 énonce des mesures pouvant être prises en cas de dangers d'ordre physique, chimique ou biologique comme le requiert l'article 9.

²⁸ Ainsi, le paragraphe 4(2) établit les activités, équipements ou produits au regard desquels une évaluation appropriée des risques doit être effectuée conformément à l'article 7 de la convention, le paragraphe 7(2) complète l'article 13(2) de la convention au regard des mesures de prévention et de protection devant être prises au niveau de l'entreprise pour une bonne utilisation des produits chimiques, tandis que le paragraphe 10 détermine certains des «services de bien-être» devant être fournis sans frais pour les travailleurs conformément à l'article 19 de la convention.

autre exemple de recommandation donnant des indications pratiques sur la manière de donner effet aux dispositions d'une convention, en l'occurrence de déterminer le «seuil socialement acceptable» de protection prévu par les articles 7(1) et 13(1) de la convention n° 173 correspondante. L'on pourrait également mentionner le paragraphe 3 de la recommandation n° 190 sur les pires formes de travail des enfants, 1999, qui offre des exemples concrets de travaux «susceptibles de nuire à la santé, à la sécurité ou à la moralité de l'enfant» au sens de l'article 3(d) de la convention n° 182 ainsi que le paragraphe 3 de la recommandation n° 191 sur la protection de la maternité, 2000, établissant une liste de prestations médicales devant être fournies au titre des soins prénatals, soins liés à l'accouchement et soins postnatals prévus par l'article 6(7) de la convention n° 183.

4. Le suivi des recommandations – les dérives d'une pratique tendant à négliger leur rôle?

4.1 Soumission aux autorités compétentes

La procédure de soumission aux autorités compétentes des Etats Membres des instruments adoptés par la Conférence et qui était présentée aux origines de l'OIT comme un progrès majeur n'a pas, dans la pratique, eu l'effet escompté. En effet, dans l'esprit des pères fondateurs un gouvernement prenait, en votant en faveur de l'adoption d'une convention, l'engagement moral de faire aboutir sa ratification.²⁹ La soumission était ainsi l'outil véhiculant une norme jusqu'aux autorités compétentes. Or, si avec le temps cet engagement moral s'est peu à peu estompé vis-à-vis des conventions, son érosion a été encore plus prononcée

²⁹ Comme le faisait remarquer Albert Thomas en 1921, «s'il est incontestable que notre Organisation et sa constitution même ont créé des procédures toutes nouvelles, s'il est vrai que les Gouvernements et les Parlements ont contracté des obligations vis-à-vis de l'OIT, en ce sens qu'ils doivent discuter des conventions, non pas signées diplomatiquement, selon l'ancienne méthode, mais votées dans une Conférence, il faudrait cependant que les votes de la Conférence eussent toute leur valeur»; voir Conférence internationale du Travail, 3^e session, 1921, *Compte rendu des travaux*, vol. I, p. 218. Dans le même esprit, la Délégation de la Conférence pour les questions constitutionnelles notait en 1946 que «la bonne foi est le fondement même de bonnes relations internationales, comme aussi de relations de travail solides. Le respect des engagements pris est la seule condition sur laquelle on peut tabler avec sûreté pour réaliser l'idéal et les objectifs que proclament la Constitution de l'OIT et la Déclaration de Philadelphie»; voir Conférence internationale du Travail, 29^e session, 1946, *Rapport II(1)*, paragr. 46, p. 42. On notera que des statistiques avaient été dressées en 1946 afin de stigmatiser l'inadéquation dans le comportement de certains Etats Membres consistant à ne pas ratifier des conventions, malgré un vote en faveur de leur adoption lors de la Conférence; voir Conférence internationale du Travail, 29^e session, 1946, *Rapport II(1)*, pp. 201-209. Voir aussi Scelle, *op. cit.*, *supra* note 13, p. 174 et Léon-Eli Troclet, *Législation sociale internationale*, 1952, p. 549.

vis-à-vis des recommandations. La soumission a ainsi eu tendance à devenir une sorte de formalité, qui n'est d'ailleurs pas toujours bien observée, du moins si l'on en juge par le nombre d'Etats Membres auxquels la commission d'experts doit rappeler chaque année cette obligation constitutionnelle.³⁰

4.2 Rapports réguliers sur l'application des recommandations

En outre, la Délégation de la Conférence pour les questions constitutionnelles avait, dès 1946, souligné que «l'adoption de types de recommandations beaucoup plus diverses que par le passé, l'établissement d'un système de rapports réguliers sur l'application des recommandations et la création d'un mécanisme efficace pour l'examen de ces rapports doivent permettre de veiller à ce que les recommandations ne demeurent pas lettre-morte, mais exercent à l'avenir une influence plus large encore que dans le passé sur la politique et la législation de caractère social». ³¹ Il faut rappeler que jusque là aucune procédure constitutionnelle ne permettait d'assurer un suivi des recommandations adoptées par la Conférence. Ceci expliquera sans doute que pour la période antérieure aux amendements constitutionnels de 1946, les renseignements relatifs aux recommandations souffrent de grandes lacunes.³²

Amendée en 1946, la Constitution de l'OIT établit, parallèlement à la procédure de l'article 19, paragraphe (6)(b) prévoyant que toute recommandation devra être soumise à l'autorité ou aux autorités dans la compétence desquelles rentre la matière, en vue de la transformer en loi ou de prendre des mesures d'un autre ordre, l'obligation pour les Membres de faire rapport au Directeur général du Bureau international du Travail, à des périodes appropriées, selon ce que décidera le Conseil d'administration, sur l'état de leur législation et sur leur pratique concernant la question qui fait l'objet de la recommandation, en précisant dans quelle mesure l'on a donné suite ou l'on se propose de donner suite à toutes dispositions de la recommandation et en indiquant les modifications de ces dispositions qui semblent ou pourront sembler nécessaires pour leur permettre de l'adopter ou de l'appliquer (Article 19(6)(d)). Un dispositif

³⁰ A titre d'exemple, le dernier Rapport de la commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations contient des observations au sujet de la soumission concernant 75 Etats Membres et fait également état des demandes directes à ce sujet adressées à 64 Etats Membres; voir Conférence internationale du Travail, 92^e session, 2004, *Rapport III (Partie IA)*, pp. 403-416.

³¹ Voir Conférence internationale du Travail, 29^e session, 1946, *Rapport II(1)*, pp. 70-71.

³² L'un des rares documents consacrés à celles-ci fut soumis à la Conférence de 1932 sous le titre *Analyse des informations fournies par les gouvernements sur l'application des recommandations adoptées par la Conférence internationale du Travail*, avec l'objectif d'être ensuite régulièrement publié tous les cinq ans. Cette publication fut par la suite suspendue, par mesure d'économie, au cours des quelques années qui ont immédiatement précédées la guerre.

similaire est également prévu en ce qui concerne les conventions non-ratifiées par l'article 19(5)(e) de la Constitution, ce qui a pu motiver la réflexion selon laquelle les conventions non-ratifiées ont d'un point de vue juridique les mêmes effets que les recommandations.

Cependant, à l'instar de la pratique qui a prévalu en matière d'élaboration des normes (conventions et recommandations), cette procédure n'a pas été mise en œuvre dans la pratique, ou du moins ne l'a été que partiellement, au point de devenir un exercice là encore plutôt formel. Comme cela a été observé, «l'obligation de faire rapport «à des périodes appropriées» est donc assez vaine et l'on conçoit qu'elle tende à la désuétude. Les rapports fournis par les gouvernements sur les recommandations sont rares et les débats qu'ils provoquent à la Conférence, peu importants [...] La raison moyenne [étant] qu'aucun Etat ne se tient pour engagé même moralement par une recommandation».³³

En effet, les rapports demandés au titre des dispositions constitutionnelles précitées ont eu pour but la réalisation par la commission d'experts d'études d'ensemble qui portent sur la mise en œuvre des conventions et recommandations portant sur un même thème. Ceci a abouti, comme le constatait le rapport du Directeur général de 1997, «à priver les recommandations du suivi autonome et, par voie de conséquence, à entretenir la distorsion du système au profit des conventions».³⁴ Dans la pratique, en effet, cet exercice a eu tendance à se focaliser sur les conventions plutôt que sur l'examen de l'application des recommandations, d'autant plus que «les études d'ensemble de la commission d'experts portant sur des conventions et sur les recommandations qui les complètent font rarement référence aux dispositions des recommandations (elles ne créent pas d'obligations juridiques tangibles) ou à leur mise en œuvre par les gouvernements (qui y font, par ailleurs, rarement référence dans leurs rapports). Ces rares références concernent des précisions de dispositions de la convention faisant l'objet de l'étude à la lumière de celles de la recommandation, ce qui enfonce encore plus celle-ci dans un rôle secondaire».³⁵

Par ailleurs, le fait que, depuis 1975, le Conseil d'administration n'a pas retenu de recommandation autonome pour faire l'objet de rapports des gouvernements au titre de l'article 19 de la Constitution, en dépit du fait que l'examen de tels instruments ait été proposé, ne va certainement pas dans le sens d'une meilleure mise en valeur de ces instruments et d'un retour à l'esprit de la Constitution.

³³ Voir Ramadier, *op. cit.*, *supra* note 14, pp. 600, 603.

³⁴ Voir Conférence internationale du Travail, 85^e session, 1997, *Rapport du Directeur général*, p. 60.

³⁵ *Ibid.*

5. *La question de l'efficacité – test ultime de la validité et de la valeur des recommandations?*

L'argument le plus souvent avancé en faveur de l'adoption d'une convention plutôt que d'une recommandation a été qu'une convention même lorsqu'elle demeure ratifiée par un petit nombre d'Etats n'en garde pas moins une supériorité par rapport à une recommandation et bénéficie d'une meilleure efficacité. Or, comme cela a déjà été avancé, cette affirmation tient plus d'une illusion d'optique, que d'une réalité juridique, dans la mesure où une convention non ratifiée et une recommandation auront à l'égard d'un Etat les mêmes conséquences juridiques découlant de la Constitution de l'OIT. A l'opposé, penser qu'une norme par ce qu'elle est non-contraignante ne pourrait produire aucun effet juridique serait pour le moins inexact.

En effet, le régime juridique des recommandations s'apparente à celui des accords non-contraignants ou informels (*soft law*) entre Etats devenus de plus en plus fréquents dans les relations internationales. Or, si l'inexécution de ces accords n'est pas sanctionnée de manière juridictionnelle, voire en l'absence de responsabilité internationale pour violation d'un tel engagement, il a néanmoins toujours été acquis que ces engagements pouvaient avoir des conséquences tant d'ordre politique que juridique. Ainsi, la Cour internationale de justice, a estimé que «dans le domaine international, l'existence d'obligations dont l'exécution ne pouvait faire en dernier ressort l'objet d'une procédure judiciaire (avait) toujours constitué la règle plutôt que l'exception»³⁶ ou encore que «l'absence d'un lien de juridiction ne (pouvait) être considéré comme entraînant l'inexistence d'un droit».³⁷ Qui plus est, à défaut de sanctions judiciaires ces engagements non-contraignants sont très souvent soumis à des procédures internationales de suivi ou de contrôle et sont, dans la pratique, fréquemment respectés comme le seraient des conventions internationales en bonne et due forme.³⁸ La souplesse de ces accords a l'avantage, tout en permettant leur conclusion, d'introduire une règle de droit nouvelle dans le droit international, là où les Etats rechignaient jusque là à s'engager dans des normes contraignantes et de faire ainsi progresser le développement matériel du droit international. Dans cet esprit, ces accords peuvent servir à remplir les lacunes des traités classiques dues au

³⁶ Voir affaire relative au «*Sud-Ouest africain*», Recueil des arrêts de la CIJ, 1966.

³⁷ Voir affaire de la «*Barcelona Traction*», Recueil des arrêts de la CIJ, 1970. Plus récemment, la Cour a donné un poids particulier aux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies prohibant l'emploi de la force et estimé qu'elles établissaient l'existence d'une pratique effective et d'un *opinio juris*; voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, Recueil des arrêts de la CIJ, 1986.

³⁸ Voir E. Brown Weiss (ed.), *International compliance with non-binding accords*, Studies in Transnational Legal Policy, n° 29, Washington D.C., 1997.

manque de consensus sur certains points ou venir compléter ceux-ci par des normes nouvelles.³⁹

Bien que différentes de ces accords informels, les recommandations de l'OIT n'en ont pas moins certaines similitudes avec ces derniers. Différentes tout d'abord, car la procédure constitutionnelle qui encadre leur «effets» se décompose en deux temps. Les recommandations sont tout d'abord adoptées par la Conférence internationale du Travail dans les mêmes conditions de vote que les conventions, puis sont soumises aux autorités compétentes des Etats Membres, lesquels sont libres d'en accepter les dispositions en totalité, en partie ou pas du tout.⁴⁰ En ce sens, contrairement aux accords non-contraignants entre Etats, l'adoption d'une recommandation de l'OIT ne saurait être créatrice d'attentes légitimes («*expectation of commitment*») d'un Etat Membre quant à son acceptation par ses pairs, notamment en raison du fait que les recommandations sont adoptées par un vote majoritaire là où tout le poids et l'efficacité des accords non-contraignants est placé sur la volonté (voire le besoin) de *l'ensemble* des parties en présence de conclure un accord.

En qui concerne, cette fois, les similitudes entre les recommandations de l'OIT et les accords non contraignants, l'on évoquera la possibilité de les voir tous deux faire l'objet d'un suivi,⁴¹ le fait d'avoir un contenu normatif plus «*hard*» que certaines dispositions «*soft*» de traités internationaux en bonne et due forme ou, à l'inverse, d'être de nature programmatrice – servant de catalyseur de l'action future dans un domaine donné.⁴² En outre, une large part des recommandations, à l'instar d'une partie des accords non-contraignants, appellent l'adoption de mesures positives par ceux à qui elles s'adressent, caractéristique qui a pu rendre leur prise en compte moins aisée, si on l'oppose aux simples engagements «de s'abstenir de faire» contenus dans certains accords, notamment en matière de droits de l'homme.

³⁹ Voir D. Shelton, «Law, Non-Law and the Problem of Soft Law», dans D. Shelton (ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford Univ. Press, 2000.

⁴⁰ A la différence des conventions, les recommandations peuvent en effet être acceptées seulement en partie.

⁴¹ La mise en œuvre de certains accords non contraignants peut même faire l'objet de supervision. C'est ainsi que la Commission pour le développement durable supervise la mise en œuvre de l'Agenda 21.

⁴² On mentionnera à cet égard la pratique des Nations Unies, notamment dans le domaine des droits de l'homme, consistant à adopter des déclarations comme un stade préalable à l'adoption de normes conventionnelles. Voir, à ce sujet, les Conventions sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ainsi que la Convention des droits de l'enfant qui ont toutes été précédées de déclarations (à l'exception de la Déclaration de 1981 sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de la Déclaration de 1986 sur le droit au développement).

Force est toutefois de constater avec Dinah Shelton que les accords non-contraignants d'une manière générale, alors même qu'ils sont un préalable à l'émergence d'un consensus, ne représentent qu'un «*unfinished business*», sont souvent le reflet d'un désaccord quant au contenu des instruments négociés et ne peuvent, en définitive, prétendre à la même efficacité que celle des normes contraignantes.⁴³

IV. Les recommandations – un instrument normatif à la hauteur des ambitions que l'OIT y a placé?

Bien que «la Conférence en [soit] venue à considérer avec le temps [les recommandations] comme des instruments de second rang, les observations formulées vont généralement dans le sens d'une appréciation positive de la valeur à leur attribuer».⁴⁴ Nicolas Valticos a ainsi estimé que l'importance des recommandations internationales du travail ne devait pas être sous-estimée dans la mesure où celles-ci «peuvent jouer un rôle non-négligeable d'inspiration et d'incitation sur le plan international».⁴⁵ Les recommandations remplissent, selon lui, un certain nombre de «fonctions utiles», comme par exemple celle d'ouvrir la voie à l'adoption d'une convention, de compléter des conventions adoptées en parallèle ou de venir proposer des règles techniques ou détaillées lorsque cela ne peut être réalisé au sein de la convention.⁴⁶ Il a également pu être rappeler que ces instruments n'étaient pas des instruments mineurs, dépourvus d'efficacité pratique étant données les obligations constitutionnelles de soumission et de rapport qui s'y rapportent. En outre, du fait qu'elles présentent une grande souplesse, elles ont été présentées comme étant susceptibles d'être beaucoup plus universellement acceptables, en particulier lorsque la différence de niveaux de développement rend difficile l'élaboration d'une norme contraignante.

⁴³ Voir Shelton, *op. cit.*, *supra* note 39, p. 463.

⁴⁴ Rapport du groupe de travail sur les normes internationales du travail, *Bulletin Officiel*, vol. 70, 1987, Série A, numéro spécial, paragr. 45, p. 26.

⁴⁵ Voir Nicolas Valticos, «Droits de l'homme et droits du travail sur le plan international – Questions anciennes et problèmes nouveaux» dans *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle – Mélanges Verdier*, 2001, p. 484.

⁴⁶ Voir Nicolas Valticos, «Cinquante ans d'activité normative de l'OIT», *Revue internationale du Travail*, vol. 100, septembre 1969, p. 240. Son appréciation générale demeura toutefois mesurée, sinon réservée. Lorsqu'il écrivit, par exemple, que l'alternative n'est pas toujours entre une recommandation et une convention mais entre une recommandation et, soit, pas de norme internationale du tout, soit, une convention qui recevrait si peu de ratifications qu'elle n'aurait aucune autorité et aucune influence réelle, l'on a le sentiment dérangent que les recommandations n'ont de valeur que comme des solutions «faute de mieux». Il ne lui a, du reste, pas échappé que qu'il était malaisé d'estimer l'effet exact produit par telle ou telle recommandation, *ibid.*, p. 241.

Cependant, toute véritable tentative d'évaluation de l'influence des recommandations de l'OIT se heurte inévitablement au manque d'études en la matière, manque qui contraste singulièrement avec la prolifération des analyses évaluant l'impact des conventions internationales du travail.⁴⁷ En effet, comme cela a été relevé dans la seconde édition du Code international du travail en 1951, l'acceptation d'une recommandation est, du point de vue juridique, un acte si différent de la ratification d'une convention qu'il n'est pas véritablement possible de bénéficier pour ces instruments de données équivalentes à celles dont le Bureau dispose en ce qui concerne les ratifications des conventions. Il en va de même des renseignements portant sur l'application pratique des recommandations qui ne peuvent qu'être lacunaires.⁴⁸

On préférera dès lors parler d'*influence* des recommandations, terme plus large que celui d'*impact* de ces normes qui renvoie plutôt aux seuls effets produits sur les droits positifs dans les Etats Membres. Dans cet esprit, ce qu'il faudrait rechercher serait plutôt une *variété diffuse d'influences*. En outre, toute recherche de ce genre devrait immanquablement tenir compte d'une multiplicité de facteurs, parmi lesquels on mentionnera la distinction devant être faite entre les recommandations autonomes et celles jumelées avec une convention, celles dites «techniques» de celles dites «programmatoires», ou encore selon les domaines d'intervention des diverses recommandations.⁴⁹ Les réflexions qui suivent tentent de faire le point sur le sujet en rassemblant ce faisceau d'influences diffuses exercées par les recommandations.

1. Les recommandations en tant que première étape d'un processus normatif visant à l'adoption d'une convention internationale du travail

Le rôle précurseur d'une recommandation dans l'adoption d'une convention a déjà été évoqué comme étant la vision que les pères fondateurs ont gravé dans la Constitution de l'OIT, dans la mesure où celle-ci dispose que chaque fois qu'une question n'est pas jugée suffisamment mûre pour faire l'objet d'une convention, elle devrait être traitée dans le cadre d'une recommandation. Dans cette hypothèse, une convention adoptée à la suite d'une recommandation largement acceptée bénéficierait de la voie ainsi tracée par la recommandation en

⁴⁷ Voir, par exemple, E.A. Phelan, *The effectiveness of international supervision*, 1966; *L'impact des conventions et recommandations internationales du travail*, BIT, 1977; Eric Gravel et Chloé Charbonneau-Jobin, *La commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations: dynamique et impact*, BIT, 2003.

⁴⁸ Voir «Note explicative», *Le Code international du travail 1951*, BIT, 1954, vol. I, p. cxiv.

⁴⁹ Voir Ernest A. Landy, «L'influence des normes internationales du travail», *Revue internationale du Travail*, vol. 101, juin 1970, pp. 611-664.

vue de poser des règles contraignantes qui feraient l'objet d'un large consensus: plus celui-ci est grand, meilleure en sera le taux de ratification ainsi que la mise en œuvre. En outre, l'adoption de normes conventionnelles à la suite de recommandations répond à un manque et par conséquent à un besoin, dans un domaine, où il n'existe pas (encore) de norme(s) contraignante(s). Dès lors, une fois adoptées par la Conférence ces conventions créent des attentes légitimes quant à leur ratification future.

Certaines recommandations ont, ainsi, parfois réellement été des instruments normatifs précurseurs précédant l'adoption d'une convention. C'est notamment le cas dans le domaine de la sécurité sociale, où l'adoption en 1944 de deux recommandations représentant des énoncés de principes sur la sécurité des revenus et les soins médicaux ont posé les bases de l'action normative future en ce domaine.⁵⁰ En effet, ces deux recommandations ont amorcé un tournant doctrinaire dans l'action normative de l'OIT dans le domaine de la protection des travailleurs et ouvert la voie à l'élaboration de la convention n° 102 concernant la sécurité sociale (norme minimum) de 1952, premier instrument à introduire le concept de normes minimales générales de sécurité sociale devant être atteint par les Etats qui la ratifient.

Un autre exemple de recommandation ayant été à la pointe de l'activité normative peut être trouvé dans le domaine de la sécurité de l'emploi. En effet, l'adoption en 1963 de la recommandation n° 119 sur la cessation de la relation de travail a fait suite à une résolution adoptée en 1950 par la Conférence internationale du Travail constatant l'absence de réglementation internationale en matière de rupture du contrat de travail et demandant un rapport sur la législation et la pratique nationales en la matière en vue de son examen par la Conférence. La recommandation adoptée en 1963 devint ainsi le premier instrument international du travail consacré spécifiquement à cette question venant consacrer sur le plan international l'idée selon laquelle le travailleur doit être protégé contre la cessation arbitraire et injustifiée de la relation de travail et contre les difficultés économiques et sociales qu'entraîne la perte de l'emploi. En 1974, la Commission de l'application des conventions et recommandations de la Conférence internationale du Travail, lors de l'examen de l'étude d'ensemble portant sur les rapports concernant l'application de la recommandation n° 119 a reconnu le rôle important que cette recommandation avait joué depuis son adoption en 1963 pour encourager la protection contre le licenciement injustifié, favorisant ainsi la promotion de la sécurité de l'emploi, qui est un aspect essentiel du droit au travail.⁵¹ La commission conclut que la Conférence devrait se saisir de la question en vue d'élaborer un

⁵⁰ Voir Recommandation n° 67 sur la garantie des moyens d'existence, 1944 et Recommandation n° 69 sur les soins médicaux, 1944.

⁵¹ Voir Conférence internationale du Travail, 59^e session, 1974, *Compte rendu des travaux*, p. 569. Voir également l'Etude d'ensemble sur la recommandation n° 119 sur la cessation de la relation de travail, Conférence internationale du Travail, 59^e session, 1974, *Rapport III (Partie 4B)*.

nouvel instrument approprié tenant compte de l'évolution en la matière depuis l'adoption de la recommandation n° 119, entreprise qui aboutit à l'adoption en 1982 de la convention n° 158 et de la recommandation n° 166 sur le licenciement, instruments qui remplacent désormais la recommandation n° 119 sur la cessation de la relation de travail, 1963, qui leur avait ouvert le chemin.

2. Les recommandations en tant que modèle servant de base à l'élaboration du droit national ou de «cristallisateurs» de pratiques nationales souhaitables

En dépit de la rareté des renseignements dont on dispose, due, entre autres, au fait que les outils dont dispose l'OIT en la matière ne permettent, d'une manière générale, pas de pouvoir affirmer avec certitude quelle a été l'influence réelle des recommandations sur les droits et pratiques nationaux, il serait erroné d'affirmer que les recommandations n'ont pas pu servir de base à l'élaboration du droit interne. Ainsi, lorsqu'un gouvernement fait appel à l'assistance technique du BIT pour l'élaboration de normes dans le domaine social, ou qu'il se contente de communiquer au Bureau pour avis des projets législatifs ou réglementaires, celui-ci prendra inévitablement pour base de ses conseils ou de ses commentaires ce Code international du travail que constitue l'ensemble des conventions et recommandations internationales du travail.

En outre, certaines recommandations ont exercé une influence incontestable et réelle due dans leur domaine d'intervention. A titre d'exemple, l'on mentionnera pour illustrer cette fonction des recommandations le fait que la recommandation n° 112 relative aux services de médecine du travail, 1959, a exercé une influence décisive dans certains pays, tandis qu'elle a, dans d'autres, contribué à accélérer l'établissement de services de médecine du travail plus aboutis ou encore à renforcer les actions préventives tendant à l'élimination des conditions de travail dangereuses pour la santé.⁵² On notera que la commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations avait souligné à cet égard que «quelle que puisse être l'interaction de la législation et de la pratique nationale, d'une part, et des normes internationales de l'autre, il apparaît incontestable que la recommandation n° 112, à laquelle les travaux de plusieurs organisations régionales ont fait écho, a cristallisé un courant d'opinion dont on peut caractériser l'influence de la manière suivante: consolidation des positions acquises dans les pays où il existait déjà des services de médecine du travail, extensions ou projets dans d'autres pays, même dans des pays en

⁵² Voir M. Robert et L. Parmeggiani, «Cinquante années de collaboration internationale au service de la santé et de la sécurité des travailleurs», *Revue internationale du Travail*, vol. 99, janvier 1969, pp. 97-153.

développement, tendance encore incertaine à substituer une base législative à une base conventionnelle ou purement volontaire». ⁵³

Par ailleurs, peu de recommandations de l'OIT ont connu, en leur temps, un retentissement aussi considérable que la recommandation n° 119 susmentionnée sur la cessation de la relation de travail, 1963. Dès après son adoption, de nouvelles mesures ou des améliorations des législations internationales en la matière ont, en effet, pu être constatées dans plus de 40 pays tant industrialisés qu'en développement et ses orientations prises en considération dans des accords collectifs négociés par les partenaires sociaux dans certains pays. En outre, il est incontestable que certaines recommandations qui sont intervenues dans des domaines tels l'apprentissage et la formation professionnelle, l'âge minimum dans les mines de charbon, la prévention des accidents du travail ou encore les conditions de séjour des marins dans les ports ont eu une influence considérable tenant sans aucun doute tant au prestige et à la composition de l'enceinte les ayant adoptées qu'à leur rôle de modèles normatifs dans des domaines nécessitant une expertise technique de pointe. ⁵⁴

3. Les recommandations en tant qu'élément dans l'interprétation des conventions et du droit interne

En ce qui concerne tout d'abord les conventions, la commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations est placée, chaque fois qu'elle formule un commentaire relatif à l'application d'un instrument, en situation de devoir dresser des conclusions dans le cadre de ce contrôle. Bien qu'elle ne dispose d'aucun mandat en matière d'interprétation des normes internationales du travail, tâche qui incombe à la Cour internationale de Justice, elle a dû, pour mener

⁵³ Voir l'Etude d'ensemble sur les rapports concernant quatre recommandations traitant de la santé, des services sociaux et du logement des travailleurs (nos 97, 102, 112, 115), Conférence internationale du Travail, 54^e session, 1970, *Rapport III (Partie 4)*, paragr. 104, p. 307.

⁵⁴ Il a ainsi pu être observé que la recommandation n° 96 relative à l'âge minimum dans les mines de charbon, 1953, a été expressément prise en compte aux fins du relèvement de l'âge minimum prévu par la législation indienne pour le travail dans les mines. Il en est allé de même en ce qui concerne la recommandation n° 18 sur le repos hebdomadaire (commerce), 1921, où l'adoption de textes normatifs là où ils n'en existait pas a même été recommandée; voir V.K.R. Menon, «L'influence des conventions internationales du travail sur la législation indienne», *Revue internationale du Travail*, vol. 73, juin 1956, pp. 609-631. Par ailleurs, d'autres études ont exposé l'influence en Norvège de certaines recommandations de l'OIT qui ont tour à tour inspiré, modelé, développé ou encore servi de modèle instructif au droit interne. On mentionnera à cet égard les recommandations n° 31 sur la prévention des accidents du travail, 1929, n° 48 sur les conditions de séjour des marins dans les ports, 1936, n° 57 sur la formation professionnelle, 1939, n° 60 sur l'apprentissage, 1939 ou encore n° 99 sur l'adaptation et la réadaptation professionnelles des invalides, 1955; voir Karl N. Dahl, «L'influence des normes internationales du travail sur la législation norvégienne», *Revue internationale du Travail*, vol. 90, septembre 1964, pp. 256-286.

à bien sa mission d'évaluation de la mise en œuvre des conventions, exprimer son opinion quant à la portée de certaines des dispositions des normes internationales du travail. En outre, comme cela a très justement pu être noté par Nicolas Valticos, cette pratique n'a pu qu'aller en s'amplifiant dans la mesure où nombre de conventions adoptées ces dernières années ont, dans un souci de flexibilité accrue, été rédigées en des termes généraux, obligeant la commission d'experts à définir ou «interpréter» leurs dispositions de plus en plus fréquemment.⁵⁵ Dans le cadre de cet exercice, l'examen des dispositions d'une recommandation, lorsqu'elle accompagne une convention, ont pu parfois permettre de jeter la lumière sur certaines dispositions d'une convention manquant de clarté. En parallèle, mais cela est plus rare, les dispositions d'une recommandation ont pu être invoquées aux fins de l'interprétation de dispositions du droit interne. Ainsi, en Italie, la recommandation n° 119 sur la cessation de la relation de travail de 1963 a pu être invoquée lors de l'examen de la portée de la garantie constitutionnelle du droit au travail.⁵⁶

4. Les recommandations en tant que support des revendications nationales des organisations d'employeurs et de travailleurs

Instruments sans force juridique contraignante, les recommandations ont souvent, outre leur rôle de modèle normatif ou programme d'action à l'usage des gouvernements, pu servir de base aux revendications des organisations d'employeurs et de travailleurs sur les plans nationaux. Si les recommandations ont ainsi un réel potentiel pouvant être mieux mis à profit, on constate que cette affirmation se vérifie le mieux en ce qui concerne celles des recommandations qui s'inscrivent dans l'esprit de la Constitution – c'est à dire les recommandations autonomes – qu'elles soient des précurseurs à l'adoption des conventions ou que leur domaine d'intervention se prête simplement mieux à être traité par ce moyen plutôt que par voie de convention. Les recommandations participent ainsi, avec les conventions, à l'émergence d'une «conscience sociale mondiale» et concourent au développement du progrès social.⁵⁷

Comment dès lors, compte tenu des remarques qui précèdent, envisager le rôle et la place des recommandations dans l'action normative future de l'OIT?

⁵⁵ Voir, Nicolas Valticos et Geraldo Von Potobsky, «International Labour Law» dans Roger Blanpain (éd.), *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, 1994, pp. 68-69. Sur ce point, voir également Francis Maupain, «L'interprétation des conventions internationales du travail» dans René-Jean Dupuy (éd.), *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos – Droit et justice*, 1999, pp. 570-572.

⁵⁶ Voir, «Décisions judiciaires en matière de droit du travail», *Revue internationale du Travail*, vol. 93, avril 1966, p. 467.

⁵⁷ Sur ce point, voir Edward Phelan, «L'OIT au service de la paix», *Revue internationale du Travail*, vol. 59, juin 1949, pp. 670-679.

V. Les recommandations et l'action normative future

La situation analysée plus haut pousse en effet à reconsidérer d'une manière radicale le rôle présent et futur des recommandations internationales du travail en tant que plates-formes de promotion de normes du travail équitables et du progrès social. Cette réflexion s'impose comme urgente et devrait concerner tant la forme que le contenu des recommandations. Les organes de l'OIT semblent à cet égard disposer d'un grand nombre de possibilités en ce qui concerne l'utilisation future des recommandations.

Une approche possible serait de privilégier, dans les domaines où des normes non-contraignantes aux côtés de normes contraignantes sont une nécessité, l'adoption de conventions consolidées, à l'image de celle qui est actuellement discutée dans le domaine maritime. Dans la mesure où les recommandations non-autonomes n'ont eu qu'une influence très limitée, voire médiocre, l'inclusion de dispositions n'ayant pas force obligatoire au sein d'instruments-cadres élargis, constituerait une mesure salubre de rationalisation et d'économie normative. Elle aurait, en outre, le mérite d'être une nouvelle manifestation de l'approche intégrée en matière d'élaboration des normes cherchant à conférer à ces normes davantage de clarté, de valeur systémique et d'efficacité. Les conventions consolidées rendraient, à condition d'opérer certains ajustements nécessaires, les activités de contrôle plus pertinentes et cohérentes en offrant à la commission d'experts la possibilité, entre autres, de faire une meilleure utilisation de dispositions non contraignantes dans ses efforts de promotion d'une pleine application des dispositions obligatoires, tout en restant liée par le statut de recommandation de ces dispositions.

Une autre possibilité serait de sérieusement reconsidérer le contenu et les méthodes de préparation des recommandations afin de sensiblement les rapprocher de leur raison d'être initiale c'est-à-dire servir de guide pratique dans un domaine technique précis ou de précurseur permettant la cristallisation d'une convention. Les recommandations pourraient ainsi devenir des instruments plus étendus, ne suivant pas nécessairement la même structure que les conventions et ressemblant davantage à ce qui est aujourd'hui plus largement connu sous le nom de recueils de directives pratiques. Elles constitueraient ainsi des véritables «modes d'emploi de l'utilisateur» contenant diverses procédures, pratiques et mesures à réelle valeur ajoutée qui pourraient exister séparément ou accompagner les Membres de l'Organisation dans l'application des conventions qu'ils auraient ratifiées. En termes pratiques, cela pourrait impliquer des délais plus longs dans l'adoption des recommandations que ceux des conventions-mères et amener à reconsidérer la pratique actuelle de négociation et d'adoption en parallèle de ces deux instruments. Dans le même ordre d'idées, il pourrait s'avérer utile d'explorer la possibilité de formuler une recommandation à un stade non pas antérieur mais ultérieur, peut être alors même que la convention est déjà

entrée en vigueur, sachant que cela entraînerait nécessairement une certaine réorganisation des travaux de la Commission de la Conférence et se heurterait probablement à un certain nombre de difficultés pratiques.

Il n'est, à cet égard, pas dénué d'intérêt de noter que la Délégation de la Conférence pour les questions constitutionnelles ayant préparé les amendements constitutionnels de 1946, s'était largement penchée sur la possibilité de développer un type de recommandation-modèle législatif lorsqu'elle constituerait «la forme la plus appropriée d'action internationale [...] à la fois comme stimulant pour la réalisation de l'uniformité et comme guide pour les utilisateurs nationaux, que toute autre formule de norme internationale». ⁵⁸ Convaincue qu'une «recommandation ne servira guère à guider les législateurs ou les administrateurs nationaux si elle se borne à fixer un objectif, en les laissant sans aucune aide en face des problèmes de détail pour la solution desquels ils auraient besoin de directives dès l'instant où ils chercheront à donner suite à la recommandation» et considérant favorablement la conception de recommandations telle «la recommandation du type code-modèle [...] de 1937 concernant les prescriptions de sécurité dans l'industrie du bâtiment, qui renferme un règlement-type composé de règles de sécurité technique énoncées avec la précision qu'exige un corps de prescriptions légales», ⁵⁹ la Délégation de la Conférence avait appelé à l'adoption de «types spéciaux de recommandations», de recommandations «contenant soit des contrats-types, soit des clauses-types ou encore un ensemble de règlements-types à insérer dans les contrats» voire même de recommandations «du genre convention collective-type». ⁶⁰ Pourquoi dès lors ne pas imaginer des recommandations structurées comme des lois modèles ou des guides législatifs à l'instar de ceux adoptés par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) aux fins de l'harmonisation de divers aspects du droit et de la pratique du commerce international. Dans cette même voie, l'on pourrait envisager d'inclure dans la recommandation accompagnant la convention n° 173 sur la protection des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur, 1992, une loi-modèle sur l'établissement de fonds de garantie des salaires, ou encore des clauses-types à insérer dans les contrats de travail des travailleurs à domicile ou des travailleurs de nuit pour donner effet, respectivement, à la convention n° 177 sur le travail à domicile, 1996, et à la convention n° 171 sur le travail de nuit, 1990. On pourrait enfin penser à un manuel-type sur les règles de sécurité dans le travail agricole à la lumière de la convention n° 184 sur la sécurité et la santé dans l'agriculture, 2001.

⁵⁸ Voir Conférence internationale du Travail, 29^e session, 1946, *Rapport II(1)*, p. 70.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 69.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 70.

VI. Remarques finales

Au cours des 85 dernières années, les recommandations internationales du travail ont charrié toute l'ambiguïté et le paradoxe qui ont entouré leur conception. Perçues comme des instruments hybrides, essentiellement des textes sans portée obligatoire tout en étant générateurs des obligations de soumission et de rapport pour les Etats membres, les recommandations ne sont jamais réellement parvenues à trouver leur place et n'ont jamais véritablement joué un rôle distinct dans l'évolution du mécanisme d'élaboration des normes internationales du travail. Par trop souvent dans l'ombre des conventions, tant en ce qui concerne les conditions de leur adoption que leur contenu normatif, elles représentent un atout au potentiel sous-exploité dans le cadre des fonctions régulatrices de l'OIT.

La nature controversée et la portée juridique incertaine des recommandations sont probablement à l'origine des opinions aussi antithétiques des membres employeurs et travailleurs à leur égard. En effet, alors que les employeurs se sont au fil des années continuellement exprimé en faveur de l'adoption de recommandations,⁶¹ les travailleurs se sont, pour leur part, toujours opposés à toute initiative tendant à l'adoption de normes non contraignantes.

En dépit du fait que l'on ait pu souligner, peut être même un peu trop, la particularité des recommandations d'être des instruments de «droit mou» produisant malgré tout certains effets contraignants, en vertu notamment de l'article 19(6) de la Constitution, rien ne suggère que dans la pratique celles-ci soient jamais parvenues à acquérir certains autres attributs normatifs les différenciant de ceux qui caractérisent d'une manière générale les actes dénués de force obligatoire. Ainsi, alors que l'obligation de soumettre les recommandations aux autorités compétentes dans le délai d'un an à compter de leur adoption «en vue d'une action législative ou de toute autre action» et de faire rapport au Directeur général à des périodes appropriées sur l'état de leur législation

⁶¹ Il apparaît que sur les 20 sujets inscrits à l'ordre du jour de la Conférence internationale du Travail ces 20 dernières années en vue de l'adoption d'une convention et d'une recommandation (à l'exception des sessions maritimes de la Conférence en 1987 et 1996), les membres employeurs se sont, dans la moitié des cas, fermement opposés à l'adoption d'une convention et ont systématiquement proposé de seulement considérer l'adoption d'une recommandation. Tel fut le cas de la C. 161, Conférence internationale du Travail, 70^e session, 1984, paragr. 39, p. 36/5; C. 168, Conférence internationale du Travail, 73^e session, 1987, paragr. 8, p. 26/2 et 75^e session, 1988, paragr. 7, p. 27/1; C. 171, Conférence internationale du Travail, 76^e session, 1989, paragr. 15, p. 30/3; C. 172, Conférence internationale du Travail, 77^e session, 1990, paragr. 33, p. 28/6 et 78^e session, 1991, paragr. 15, p. 23/3; C. 173, Conférence internationale du Travail, 78^e session, 1991, paragr. 16, p. 20/3, et 79^e session, 1992, paragr. 9, p. 25/2; C. 175, Conférence internationale du Travail, 81^e session, 1994, paragr. 12, p. 23/4; C. 176, Conférence internationale du Travail, 81^e session, 1994, paragr. 22, p. 26/5; C. 177, Conférence internationale du Travail, 83^e session, 1996, paragr. 38, p. 10/13; C. 184, Conférence internationale du Travail, 88^e session, 2000, paragr. 20, p. 24/5; P. 155, Conférence internationale du Travail, 90^e session, 2002, paragr. 31-32, p. 24/8.

et leur pratique concernant la question qui fait l'objet d'une recommandation peuvent paraître très audacieuses sur le papier, elles n'ont pour autant jamais laissé penser à qui que ce soit que le statut juridique des recommandations avait véritablement une quelconque ressemblance avec celui des conventions. Aussi regrettable que cela puisse paraître, le fait est que les obligations de soumission et faire rapport ne sont plus respectées d'une manière qui ait véritablement un sens. Si une quelconque discussion a lieu, elle se réduit à quelques exhortations et appels répétitifs de la Commission de la Conférence sur l'application des normes en faveur du respect des obligations posées par l'article 19 de la Constitution accompagnés de statistiques passant souvent inaperçues au sujet des États qui ne les respectent pas. La situation est dans une certaine mesure similaire à celle existant quant à certaines dispositions constitutionnelles qui ne sont plus appliquées dans la pratique (telle l'obligation de communiquer des rapports *annuels* sur les conventions ratifiées) ou dont le contrôle relève d'une simple formalité administrative (telle l'obligation de communiquer copie des rapports soumis au titre de l'article 22 aux organisations d'employeurs et de travailleurs pour commentaires).

La pratique consistant à élaborer en tandem des conventions et des recommandations devrait être abandonnée. Cette pratique, alors qu'elle est solidement établie, ne trouve que peu de justifications dans le texte constitutif de l'OIT et ne reflète pas l'intention des pères fondateurs. Elle peut, certes, parfois représenter un compromis commode pour les constituants (l'adoption d'une recommandation étant, pour les membres employeurs, une alternative stéréotypée aux instruments obligatoires et, pour les membres travailleurs, une solution à défaut de mieux pour certaines dispositions controversées) mais n'aide pas forcément à créer des systèmes cohérents de règles. Peut être l'OIT devra-t-elle opérer quelques changements dans ses choix en matière de politique normative et réaliser que le cumul de normes contraignantes et non-contraignantes, sur tous les sujets qu'elle choisit faire l'objet de normes, n'est pas d'une absolue nécessité. A cet égard, la consolidation dans un instrument unique de dispositions à la fois contraignantes et non-contraignantes pourraient, à condition de respecter certaines garanties, représenter une voie permettant aux dispositions non-contraignantes de ne pas sombrer dans l'oubli dès après leur adoption.

Il est incontestable que les recommandations ont eu certaines influences sur les droits et pratiques nationaux, influences qu'il demeure cependant difficile de circonscrire étant donnée surtout la nature de ces instruments qui ont eu tendance à pénétrer ces mêmes droits et pratiques de manière très diffuse. Il est également tout aussi clair qu'à de rares exceptions près, ce type d'instrument n'a pas donné satisfaction aux constituants de l'OIT et qu'il s'est agit, à maintes reprises, de proposer, sans grand succès d'ailleurs, des voies «nouvelles» permettant de le réhabiliter. En ce début de XXI^e siècle, l'OIT, du haut de ses 85 années d'existence, devra relever de nouveaux défis et donc tirer, au plus

vite, les leçons du passé et mobiliser toutes ses énergies et toute sa sagesse. Elle pourrait, à cet égard, accorder une meilleure place aux recommandations, de manière à ce que l'une de ses tâches essentielles et premières – l'élaboration de normes internationales du travail – soit perçue par ceux auxquels elle s'adresse, comme leur apportant une réelle plus-value normative dans leur combat en faveur du progrès social et que, pour reprendre une expression utilisée par Nicolas Valticos, «progrès et stabilité» se confirment en tant que fonctions principales des normes internationales du travail.⁶²

⁶² Voir Nicolas Valticos, «Progrès et stabilité: les deux fonctions des conventions internationales du travail» dans *Recht als instrument van behoud en verandering – Mélanges Van den Ven*, 1972, pp. 403-412.

Réserves et conventions internationales du travail

*Guido Raimondi**

I. Introduction

Traditionnellement on considère que la réserve consiste, dans le cadre du droit des traités, en une déclaration d'un Etat – ou d'un autre sujet de droit international – de ne pas accepter certaines clauses d'un traité, ou bien de les accepter avec des modifications ou suivant une interprétation donnée (dans ce cas on parle de déclaration interprétative). Par conséquent, en ce qui concerne les relations entre l'Etat qui émet la réserve et les autres Etats contractants, l'accord naît exclusivement pour la partie du traité qui ne forme pas l'objet de la réserve, tandis que le traité reste intégralement applicable entre les autres Etats contractants.¹

On voit déjà que la définition donnée, ainsi que la notion de déclaration interprétative, soulèvent certaines questions, en particulier vis-à-vis de la pratique de l'Organisation internationale du Travail en la matière.

* Conseiller juridique adjoint.

¹ Voir Benedetto Conforti, *Diritto internazionale*, 2002, p. 97. En général, sur les réserves, voir Giorgio Balladore Pallieri, «Appunti sul problema delle riserve nelle convenzioni collettive», *Annali*, 1953, p. 15 ss.; Riccardo Monaco, «Le riserve agli accordi internazionali e la competenza parlamentare», *Rivista di diritto internazionale*, 1954, p. 72 ss.; Arnold Mc Nair, *The Law of Treaties*, 1961, p. 158 ss.; D.W. Bowett, «Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties», *British Yearbook of International Law*, 1976-77, p. 67 ss.; Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, 1978; D.M. McRae, «The Legal Effect of Interpretative Declarations», *British Yearbook of International Law*, 1978, p. 155 ss.; Antonio Cassese, *Art. 80, Commentario della Costituzione*, (ed. G. Branca), 1979; Marcello Calamia, «La disciplina delle obiezioni alle riserve e la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati», *Studi in onore di G. Sperduti*, 1984, p. 3 ss.; Frank Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, 1988; Gérard Cohen-Jonathan, «Les réserves dans les traités relatifs aux droits de l'homme: Nouveaux aspects européens et internationaux», *Revue générale de droit international public*, 1996, p. 915 ss.; Giorgio Gaja, «Le riserve al Patto sui diritti civili e politici e il diritto consuetudinario», *Rivista di diritto internazionale*, 1996, p. 376 ss.; Rosario Sapienza, *Dichiarazioni interpretative e trattati internazionali*, 1996; J.P. Gardner, (ed.) *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out: Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, 1997.

En ce qui concerne la définition elle-même, celle-ci ne fait pas de distinction entre d'une part les réserves prévues par le traité et, d'autre part, les réserves non prévues. En effet, la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, à son article 20, paragraphe 1, considère comme des réserves également celles «expressément autorisée(s) par un traité». Or, c'est bien établi dans la pratique de l'Organisation internationale du Travail que les réserves sont inadmissibles vis-à-vis des conventions internationales du travail. Toutefois, et par là nous anticipons l'une de nos conclusions, compte tenu de leur nature, il serait difficile à notre sens de ne pas qualifier de «réserves», aux sens de la convention de Vienne de 1969, ainsi que du droit international coutumier, que sur ce point la convention de Vienne à notre sens ne fait que codifier, une grande partie des «clauses de souplesse»² qui sont présentes dans les conventions internationales du travail. Pour être précis, donc, on ne pourrait pas dire que la pratique de l'Organisation internationale du Travail exclut l'admissibilité des réserves dans les conventions adoptées par la Conférence internationale du travail. Il faudrait plutôt énoncer la règle d'après laquelle sont inadmissibles les réserves «non expressément autorisées» par les conventions internationales du travail.

Il n'est pas inutile de rappeler que la pratique internationale sur les réserves a connu une remarquable évolution après la seconde guerre mondiale. Dans un célèbre avis consultatif, livré le 28 mai 1951, la Cour internationale de Justice a affirmé le principe – à l'époque considéré révolutionnaire – d'après lequel une réserve peut être formulée au moment de la ratification, même si une telle faculté n'est pas prévue dans le texte du traité, si une telle réserve est compatible avec l'objet et le but du traité.³ L'avis donné par la Cour a inspiré la rédaction des articles concernant les réserves de ladite convention de Vienne de 1969.

Pour ce qui est des déclarations interprétatives, on risque encore des malentendus, parce que s'il est vrai que nous avons inclus ces déclarations parmi les réserves, il est reconnu dans la pratique de l'Organisation internationale du Travail que ces déclarations, à l'instar des «ratifications conditionnelles»,⁴ sont

² Sur les «clauses de souplesse», c'est-à-dire une série de formules présentes dans les conventions internationales du travail qui permettent aux parties contractantes d'assumer des obligations «différenciées» ou en tout cas de modeler leur exécution sur leur situation interne, voir Nicolas Valticos et Francis Wolf, «L'Organisation internationale du Travail et les pays en voie de développement: techniques d'élaboration et mise en œuvre de normes universelles» dans *Pays en voie de développement et transformation du droit international*, Société française pour le droit international, Colloque d'Aix-en-Provence, 1974, p. 132 ss.

³ Voir Cour internationale de justice, *Recueil*, 1951, p. 15 ss.

⁴ Les ratifications conditionnelles subordonnent l'entrée en vigueur de la convention concernée pour les Etats qui les formulent à sa ratification par certains autres Etats. Cette pratique, qui est évidemment suscitée par des préoccupations liées à la concurrence internationale, a été utilisée notamment en matière de conventions relatives à la durée du travail ou à des question

admissibles. Or, s'il s'agissait de réserves à proprement parler, on se trouverait en flagrante contradiction. Encore une fois le langage courant dans la pratique de l'Organisation internationale du Travail risque de s'éloigner de la pratique commune du droit international. On estime en effet généralement que, si un Etat formule une déclaration interprétative, on doit présumer la volonté de cet Etat de ne pas accepter une ou plusieurs clauses du traité sinon dans une signification particulière, de manière que des significations différentes ne lui seraient pas opposables,⁵ ce qui revient à dire qu'une déclaration interprétative est bien une réserve. On verra que, si des «déclarations interprétatives» ont été acceptées, vis-à-vis des conventions internationales du travail, cela s'est produit seulement après que la correspondance entre le Bureau international du Travail et l'Etat intéressé a bien mis au clair que la déclaration ne pouvait pas avoir l'effet d'une réserve, et donc ne correspondait pas à la notion de «déclaration interprétative» qui est généralement acquise dans la pratique du droit international.

II. La règle de l'interdiction des réserves

Dans le sens qu'on vient d'esquisser, les réserves – bien entendu, les réserves non autorisées par la convention concernée – sont bien interdites en ce qui concerne les conventions internationales du travail.⁶ Ce principe est bien établi

maritimes; voir Nicolas Valticos, *Droit international du travail*, 1983, p. 552. L'admissibilité des ratifications conditionnelles est affirmée dans le *Mémoire du Bureau international du Travail sur la pratique des réserves en matière de conventions multilatérales*, présenté à la Cour internationale de Justice, en vertu de l'article 34 du Statut de la Cour dans le cadre de la procédure d'avis consultatif – cité dans la note précédente – concernant les réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, *Bulletin Officiel*, vol. 34, 1951, p. 288.

⁵ Voir Conforti, précité note 1.

⁶ Pour ce qui est de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail elle-même, la pratique va dans le même sens. Au mois de novembre 1953, l'Union soviétique communiqua son intention de redevenir membre de l'Organisation sous les conditions suivantes: «La légation [soviétique] estime nécessaire de déclarer également que l'Union soviétique ne se considère pas liée par les dispositions du paragraphe 1 de l'article 37 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail, lequel prévoit que 'toutes questions ou difficultés relatives à l'interprétation de la présente Constitution et des conventions ultérieurement conclues par les Membres, en vertu de ladite Constitution, seront soumises à l'appréciation de la Cour internationale de Justice', non plus que par les dispositions du paragraphe 2 de l'article 37, qui prévoit que toute difficulté ou question relative à l'interprétation d'une convention pourra être soumise à un tribunal par le Conseil d'administration»; voir *Bulletin Officiel*, vol. 37, 1954, p. 242. Dans sa réplique, le Directeur Général du BIT, en se référant à l'article 1, paragraphe 3, de la Constitution de l'OIT, remarqua que «la Constitution ne contient pas de dispositions concernant l'admission d'un membre fondée sur une acceptation incomplète des obligations qui découlent de ladite Constitution» et invita le Gouvernement soviétique à considérer l'opportunité d'adresser une nouvelle Note pour communiquer l'acceptation sans conditions des obligations de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail. Quelques mois plus tard, le gouvernement soviétique notifia sa décision

dans la pratique de l'Organisation internationale du Travail, même si la Constitution et les conventions internationales du travail sont muettes à cet égard.⁷

Si cette pratique a pu s'affirmer, cela est dû au rôle joué par le Directeur général du BIT en ce qui concerne l'enregistrement des ratifications ainsi que la communication au Secrétaire général des Nations Unies de tous faits relatifs aux ratifications, en vertu de l'article 102 de la Charte des Nations Unies, de l'article 5 du Règlement relatif à l'enregistrement des traités, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 14 décembre 1946, et destiné à mettre en application ledit article 102, ainsi que de l'article 20 de la Constitution de l'OIT.

De nos jours, la Constitution de l'Organisation internationale du Travail stipule à son article 19, paragraphe 5(d), que les ratifications formelles sont communiquées au Directeur général du Bureau international du Travail. C'est donc le Directeur général du BIT qui exerce les fonctions de dépositaire visées par l'article 77 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Or, le Directeur général a toujours interprété son rôle dans le sens qu'il peut refuser d'enregistrer une ratification s'il trouve qu'elle n'est pas en bonne et due forme. Concrètement, s'il y a une ratification assortie d'une réserve non autorisée, il ne procède pas à son enregistrement. Si la ratification est accompagnée d'une déclaration interprétative, il ne procède à l'enregistrement tant qu'il n'est pas convaincu que la déclaration n'est pas assimilable à une réserve.

L'article 5 du Règlement de l'Assemblée générale des Nations Unies qu'on vient de citer prévoit qu'une institution spécialisée qui présente à l'enregistrement un traité ou un accord international conformément à l'article 4 dudit Règlement doit certifier que le texte soumis en est une copie exacte et intégrale et qu'il comprend toutes les réserves faites par les parties contractantes. Étant donné l'inadmissibilité de réserves dans les conventions internationales du travail, le Bureau international du Travail a toujours certifié que les ratifications ne comportent aucune réserve, au lieu de certifier que le texte enregistré comprend toutes les réserves faites par les parties.⁸

Avant la guerre, c'était le Secrétaire général de la Société des Nations qui était censé recevoir les ratifications des conventions internationales du travail.

d'accepter les obligations de la Constitution de l'OIT sans formuler, cette fois, aucune réserve. Il est évident, par ailleurs, que la raison principale qui est invoquée comme fondement de l'interdiction des réserves dans les conventions internationales du travail, à savoir que ces conventions ne sont pas adoptées par des plénipotentiaires gouvernementaux, mais par un organe tripartite, n'est pas applicable à la Constitution.

⁷ Il a été noté que «this basic proposition of refusing to recognize any reservations is as old as ILO itself», W.P. Gormley, «The Modification of Multilateral Conventions by Means of Negotiated Reservations and Other Alternatives: A Comparative Study of the ILO and Council of Europe», *Fordham Law Review*, 1970, p. 65.

⁸ Si l'on devait parvenir à qualifier de réserves – autorisées – certaines déclarations faites dans le cadre des clauses de souplesse des conventions internationales du travail, cette pratique devrait peut-être faire l'objet d'une réflexion.

Toutefois, en cas de doute, il consultait le Directeur général du BIT et en suivait strictement l'avis.⁹

Tout cela est vrai même si nous sommes bien convaincus que le rôle du Directeur général du BIT en tant que dépositaire des conventions et récipiendaire des ratifications et autres communications se rapportant aux instruments n'a rien de constitutif, c'est-à-dire que l'acte d'enregistrer une ratification ou une autre communication n'ajoute rien à la portée juridique de celles-ci, et ne peut pas assainir leur éventuelle invalidité, même s'il s'agit d'un acte indispensable pour que les ratifications ou autres communications puissent avoir un effet utile.

1. Raisons énoncées par le BIT pour expliquer l'interdiction des réserves

Pour ce qui est des raisons qui sont à la base de l'interdiction des réserves pour les conventions internationales du travail, on se réfère essentiellement à la spécificité des conventions internationales du travail ainsi qu'à la structure tripartite de l'OIT.

Deux documents, en particulier, sont évoqués dans ce contexte. D'une part, il s'agit du Mémoire du Directeur du Bureau international du Travail du 31 mars 1926, adressé au Secrétaire général de la Société des Nations dans le cadre des délibérations du Comité d'experts pour la codification progressive du droit international sur la question de la faculté de formuler des réserves dans les conventions générales¹⁰ et, d'autre part, du Mémoire, déjà cité, du Bureau international du Travail sur la pratique des réserves en matière de conventions multilatérales, présenté à la Cour internationale de Justice, en vertu de l'article 34 du Statut de la Cour dans le cadre de la procédure d'avis consultatif concernant les réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.¹¹

⁹ En 1928, le gouvernement cubain communiqua au Secrétaire général de la Société des Nations les instruments de ratification de huit conventions. Les instruments relatifs à trois de ces conventions (Convention n° 1 sur la durée du travail (industrie), 1919; Convention n° 14 sur le repos hebdomadaire (industrie), 1921, et Convention n° 21 sur l'inspection des émigrants, 1926) contenaient des réserves. Dans ces conditions, le Secrétaire général de la Société des Nations préféra consulter le Directeur général du Bureau international du Travail avant de procéder à l'enregistrement. Le Bureau international du Travail considéra que les réserves en question n'étaient pas admissibles et le Secrétaire général ainsi que le gouvernement cubain se rallièrent à cette opinion; le gouvernement cubain ratifia ultérieurement, en 1934, la Convention n° 1 sur la durée du travail (industrie), 1919; voir *Mémoire du Bureau international du Travail sur la pratique des réserves en matière de conventions multilatérales*, précité note 4, p. 284. Pour d'autres exemples concernant la Pologne, Inde et Pérou, *ibidem*, p. 285. Plus récemment, le Bureau a refusé d'enregistrer la ratification de la convention n° 151 sur les relations de travail dans la fonction publique, 1978, par le Belize parce qu'elle était accompagnée par deux réserves.

¹⁰ Voir Société des Nations, *Journal Officiel*, C 212, 1927 V, du 20 avril 1927.

¹¹ Voir document précité note 4.

Dans son Mémoire de 1926, le Directeur général du BIT ainsi s'ex-
prima au sujet des conventions internationales du travail:

Celles-ci ne sont point élaborées à leur guise par les Etats contractants. Elles sont l'œuvre non de plénipotentiaires, mais d'une conférence ayant un caractère juridique particulier et comprenant des éléments non gouvernementaux. Même en admettant que tous les Etats intéressés accordent leur agrément aux réserves formulées, celles-ci demeureraient inadmissibles; en effet les éléments non gouvernementaux auxquels les traités [les traités de paix de 1919, aujourd'hui la Constitution] ont conféré des droits pour l'adoption des conventions internationales du travail verraient ces droits méconnus si le consentement de seuls gouvernements suffisait à altérer le contenu et l'efficacité de ces conventions.

En outre, le Directeur général nota que les rédacteurs de la Constitution, en imposant à la Conférence de tenir compte, à l'avance, des conditions particulières de chaque pays (article 19, paragraphe 3, de la Constitution de l'OIT), ont entendu interdire aux Etats d'invoquer, après l'adoption d'une convention, une situation spéciale qui n'aurait pas été soumise à l'appréciation de la Conférence. Enfin, le Directeur général observa qu'étant donné que l'Organisation internationale du Travail a pour but de soustraire les conditions de travail aux effets péjoratifs de la concurrence internationale, les conventions internationales du travail doivent établir entre les Etats un réseau d'obligations mutuelles, et il est essentiel que l'exacte réciprocité des obligations soit sauvegardée.¹²

Le Mémoire de 1951 se place dans le même ordre d'idées. Après avoir passé en revue les différentes formes de clauses de souplesse, ainsi que les clauses d'application territoriale d'après l'article 35 de la Constitution de l'OIT, les ratifications conditionnelles et les déclarations interprétatives, pour les distinguer des réserves, le document reprend la plupart des arguments du Mémoire de 1926, en observant en particulier que les conventions internationales du travail n'appartiennent pas en propre aux parties, mais sont régies par des règles spéciales, qui consistent dans les principes reconnus du droit international et de la pratique internationale en matière de traités, tels qu'ils sont modifiés par la Constitution de l'Organisation internationale du Travail, par la coutume qui s'est développée sur la base de ladite Constitution depuis

¹² Voir document précité note 10. Sans se rallier à tous les points de détail de l'argumentation, le Comité d'experts fit rapport au Conseil de la Société des Nations en lui disant qu'en substance le Mémoire du Bureau lui paraissait « assurément exact » et que « c'est à juste titre qu'il signale des objections auxquelles se heurterait une réserve ou une modification qu'un Etat prétendrait unilatéralement apporter au consentement qu'il est appelé à donner. Conformément aux termes de la résolution adoptée par le Conseil, le rapport du Comité d'experts et le Mémoire du BIT furent communiqués à tous les membres de la Société des Nations.

son élaboration, ainsi que par les dispositions en la matière contenues dans les diverses conventions.

En énumérant les considérations spéciales qui comportent comme conséquence l'inadmissibilité des réserves vis-à-vis de ces conventions, le Mémoire évoque, entre autres: a) la spécificité de l'adoption des conventions internationales du travail par un organe tripartite, à savoir la Conférence internationale du travail; b) l'obligation, prévue par la Constitution, de la soumission des conventions aux autorités compétentes nationales, normalement les parlements, *dans la forme sous laquelle elles ont été adoptées par la Conférence*; c) le rôle des partenaires sociaux et dans le cadre des mécanismes de contrôle de l'application des conventions et dans le cadre des consultations en vue de l'application d'un grand nombre de dispositions relevant des autorités nationales, ce qui obligerait à prévoir une procédure spéciale, qui à l'heure actuelle n'existe pas, pour prendre en considération des réserves et aboutir à une décision à leur sujet; d) le fait que les conventions internationales du travail sont destinées à favoriser l'établissement de conditions uniformes parmi les parties, sauf dans la mesure où une convention déterminée prévoit que telle ou telle matière demeure du ressort des autorités nationales parce que l'uniformité ne peut être atteinte ou n'est pas désirable: la Constitution et les conventions prévoyant des mesures d'assouplissement, d'autres mesures – non prévues – ne seraient pas admissibles.¹³ On remarquera que, concernant l'uniformité, le Bureau a ajusté le tir par rapport au Mémoire de 1926, qui avait invoqué la sauvegarde de l'«exacte réciprocité» des obligations, argument devenu intenable, face au foisonnement des «clauses de souplesse».

2. *Fondement juridique de l'interdiction des réserves*

Quoi qu'il en soit, l'existence d'une pratique consolidée, qui est accompagnée du sentiment qu'elle correspond au droit, nous amène à considérer que l'interdiction des réserves en ce qui concerne les conventions internationales du travail se fonde sur une coutume particulière, c'est-à-dire une norme coutumière internationale qui s'est formée au sein de l'Organisation internationale du Travail et qui, par conséquent, lie tous les Etats membres de cette Organisation.¹⁴

En ce qui concerne le premier élément, ce qu'on appelle la *diuturnitas*, on a pu constater qu'en aucun cas une ratification d'une convention internationale

¹³ Voir document précité note 4, p. 289 ss.

¹⁴ Sur les coutumes particulières, voir Conforti, précité note 1, p. 42 ss.; Francesco Francioni, «La consuetudine locale nel diritto internazionale», *Rivista di diritto internazionale*, 1971, p. 396 ss.; Taslim Elias, «The Relationship between General and Particular Customary International Law», *African Journal of International and Comparative Law*, 1996, p. 67 ss.

du travail accompagnée d'une réserve n'a été acceptée par le Directeur général (où, avant la guerre, par le Secrétaire général de la Société des Nations). Pour ce qui est du deuxième élément, c'est-à-dire la composante psychologique de la norme coutumière, ou *opinio juris ac necessitatis*, la preuve de son existence réside à notre sens dans la constante acceptation par les Etats de ladite aptitude du dépositaire.¹⁵

Au-delà de ces considérations sur l'existence d'une coutume particulière, on a également affirmé que l'interdiction des réserves vis-à-vis des conventions internationales du travail découlerait du fait que de telles réserves seraient contraires à l'objet et au but de ces conventions, dans le cadre de l'avis de la Cour internationale de justice de 1951.¹⁶

Par ailleurs, comme il a été noté, seulement la théorie de la coutume, et donc le consensus général formé au sein des Etats membres de l'Organisation internationale du Travail au sujet de l'incompatibilité de principe entre les réserves d'une part et les conventions internationales du travail d'autre part pourrait fonder la compétence du Directeur général du BIT à refuser l'enregistrement de ratifications assorties de réserves.¹⁷

¹⁵ En ce sens, Suzanne Bastid, *Les traités dans la vie internationale*, 1985, p. 74; Roberto Adam, *Attività normative e di controllo dell'O.I.L. e evoluzione della comunità internazionale*, 1993, p. 52 ss.

¹⁶ Wilfred Jenks, à l'époque Directeur général adjoint du BIT et ancien Conseiller juridique, dans une intervention à la Conférence de Vienne sur le droit des traités (Première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968) nota que: «reservations to international labour Conventions are incompatible with the object and purpose of these Conventions. The procedural arrangements concerning reservations are entirely inapplicable to the ILO by reason of its tripartite character as an organization in which, in the language of our Constitution, 'representatives of employers and workers' enjoy equal status with those of governments»; voir *Official Record*, p. 36. On devrait donc penser que l'objet et le but de *toutes les conventions internationales du travail* s'opposeraient à la formulation de réserves, ce qui est explicitement affirmé par Nicolas Valticos, «Nature et portée juridique de la ratification des conventions internationales du travail» dans *Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, 1989, p. 993, et admis par Adam, précité note 15.

¹⁷ Voir Adam, précité note 15, qui à son tour cite Luigi Ferrari Bravo, *Lezioni di diritto internazionale*, 1992, p. 230, d'après lequel le dépositaire, mis à part le cas de réserves explicitement interdites par le traité, n'est pas compétent à dire si une réserve est oui ou non admissible et Giorgio Gaja, «Unruly Treaty Reservations» dans *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione. Studi in onore di Roberto Ago*, 1987, vol. I, p. 318, qui distingue entre, d'une part, le régime des réserves inadmissibles parce qu'elles sont incompatibles avec l'objet et le but d'un traité et, d'autre part, «the legal situation of reservations which are either explicitly or implicitly prohibited by the treaty».

III. Les «réserves» autorisées par les conventions internationales du travail

1. *Clauses de souplesse*

La pratique des clauses de souplesse découle de l'article 19, paragraphe 3, de la Constitution, qui stipule: «En formant une convention ou une recommandation d'une application générale, la Conférence devra avoir égard aux pays dans lesquels le climat, le développement incomplet de l'organisation industrielle ou d'autres circonstances particulières rendent les conditions de l'industrie essentiellement différentes, et elle aura à suggérer telles modifications qu'elle considérerait comme pouvant être nécessaires pour répondre aux conditions propres à ces pays».

Telle quelle a été rédigée, cette clause semble réserver à la Conférence internationale du Travail non seulement la définition des limites de l'adaptabilité des conventions internationales du travail aux situations locales, mais également la détermination des situations concrètes dans lesquelles cette adaptabilité pourrait être légitimement réalisée, en d'autres mots l'indication des pays qui pourraient bénéficier des clauses spéciales. En effet, la pratique a évolué nettement dans le sens qu'une place assez vaste a été faite à la marge d'appréciation de chaque Etat concerné.

Si l'on penche sur les moyens d'assurer la souplesse des normes indiqués dans le Manuel sur les procédures en matière de conventions et recommandations internationales du travail,¹⁸ on constate que la Conférence a recouru à divers moyens pour assurer la souplesse des normes internationales du travail, par exemple:

- (a) dispositions prévoyant des normes modifiées pour des pays nommément cités. Depuis un certain temps déjà, la Conférence n'a plus recours à ce moyen;
- (b) adoption d'une convention posant des principes de base, accompagnée (ou suivie ultérieurement) d'une recommandation donnant des orientations sur les détails techniques et les modalités d'application;
- (c) définition des normes en termes généraux, par exemple pour fixer des objectifs de politique sociale; les méthodes d'application (lois, règlements, conventions collectives, etc.) peuvent ainsi être déterminées en tenant compte des conditions et de la pratique nationales, souvent après consultation des organisations d'employeurs et de travailleurs;
- (d) division des conventions en plusieurs parties ou articles, dont un certain nombre seulement doivent obligatoirement être acceptés au moment de la ratification, ce qui permet l'extension progressive des obligations au fur et à mesure du développement de la législation sociale et du renforcement de la capacité à la mettre en œuvre;

¹⁸ Voir <http://www-ilo-mirror.cornell.edu/public/french/standards/norm/sources/handbook/index.htm>

- (e) division des conventions de manière à offrir le choix entre des parties ayant une portée et des niveaux d'obligations différents;
- (f) dispositions permettant (parfois sur une base temporaire) l'acceptation d'une norme plus basse par des pays qui n'auraient, avant la ratification, aucune législation sur la question, ou dont l'économie et les ressources administratives ou médicales n'ont pas atteint un développement suffisant;
- (g) dispositions autorisant l'exemption, par exemple, de catégories déterminées de professions, d'entreprises ou de régions peu peuplées ou insuffisamment développées;
- (h) dispositions permettant d'accepter des obligations distinctes pour les personnes occupées dans des secteurs déterminés de l'activité économique;
- (i) dispositions destinées à se tenir au courant des progrès des sciences médicales en renvoyant à l'«édition la plus récente» d'un ouvrage de référence, ou en réexaminant une question à la lumière des connaissances actuelles;
- (j) adoption d'un protocole facultatif à une convention, soit en permettant la ratification de la convention elle-même avec une souplesse accrue, soit en étendant les obligations découlant de la convention;
- (k) dispositions dans une convention portant révision partielle d'une convention antérieure et introduisant d'autres obligations facultatives et modernisées, tout en laissant ouverte à ratification la convention dans sa version non révisée.

Or, au moins pour certaines de ces techniques, notamment celles qui sont basées sur la possibilité pour l'Etat qui ratifie de ne pas accepter une ou plus dispositions de la convention ou bien de les accepter seulement avec certaines modalités ou dans certaines limites (notamment lettres (e), (f), (g) et (h)), et alors que la déclaration pertinente doit être faite au moment de la ratification,¹⁹ il nous semble difficile de dire qu'il ne s'agit pas de réserves s'il est vrai, comme nous l'avons dit, que la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, à son article 20, paragraphe 1, considère comme des réserves également celles «expressément autorisée(s) par un traité».²⁰

¹⁹ C'est le cas, par exemple, de la Convention n° 119 sur la protection des machines, 1963, dont l'article 17, paragraphe 1, stipule que «les dispositions de la présente convention s'appliquent à tous les secteurs d'activité économique, à moins que le Membre ratifiant la convention n'en restreigne l'application par une déclaration annexée à sa ratification».

²⁰ Par ailleurs, il a été noté que l'utilisation du terme «déclaration» n'empêcherait pas la qualification de l'acte en tant que réserve, puisque, d'après l'article 2(d) de ladite convention de Vienne de 1969 est assimilé à une réserve toute «déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un Etat quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet Etat». Voir aussi Adam, précité note 15, p. 80 et Gormley, précité note 7, p. 75 pour qui les clauses de souplesse (flexibility devices) possèdent «for all practical purposes the same operational effect as reservations». D'ailleurs, certaines conventions internationales du travail utilisent l'expression «réserve» pour se référer à des déclarations faites par les Etats au moment de la ratification, ou dans le plus bref délai possible après celle-ci. On peut citer à cet

Une précision s'impose. Le principe de réciprocité, d'après lequel une réserve donne lieu à une modification du traité qui ne vise pas seulement l'Etat qui formule la réserve, mais également les autres Etats contractants, pour ce qui est des relations de ces derniers avec l'auteur de la réserve, dans le sens que les obligations exclues par celui-ci ne lient pas non plus – à l'intérieur de ces relations – les autres Etats contractants, n'a pas d'effet pratique en ce qui concerne les conventions internationales du travail.

En effet, ces conventions ne stipulent pas des obligations réciproques, mais fixent aux Etats contractants des obligations qui concernent le traitement des travailleurs (ou des autres personnes titulaires des droits) à l'intérieur des Etats. Il s'agit d'obligations «absolues» ou «objectives», comme toutes celles fixées par des traités en matière de droits de l'homme, qui ne varient pas en fonction du niveau – variable – des obligations assumées par les autres Etats contractants.²¹

Par conséquent, rien n'empêcherait à notre sens qu'un Etat membre mette en marche le mécanisme de plainte visé par l'article 26 de la Constitution de l'OIT vis-à-vis d'un autre Etat membre pour se plaindre de l'éventuelle mauvaise application d'une obligation contenue dans une convention internationale du travail ratifiée par les deux Etats mais qui ne lie que le second, le premier ayant bénéficié d'une clause de souplesse qui serait à qualifier comme réserve.

2. Déclarations interprétatives

La pratique de l'Organisation internationale du Travail en matière de déclarations interprétatives concerne essentiellement les Etats-Unis. En principe, ces déclarations sont admises pour autant qu'elles ne visent pas à exclure ou à modifier les obligations découlant d'une convention, mais simplement à enregistrer la manière par laquelle un Etat entend (*understanding*) une certaine disposition. Normalement, le Directeur général du BIT examine l'étendue et le but de la déclaration interprétative en se référant à trois critères: a) le texte de la Convention; b) les travaux préparatoires qui ont amenés à son adoption; et c) la pratique des organes de contrôle réguliers, telle que la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations.²² Si le Directeur général parvient à la conclusion qu'il s'agit d'une réserve déguisée, la ratification n'est pas enregistrée.

égard les articles 6, paragraphe 3, de la Convention n° 86 sur les contrats de travail (travailleurs indigènes), 1947 et 12, paragraphe 3, de la Convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948.

²¹ En ce sens, entre autres, Adam, précité note 15, p. 85 ss.

²² Voir Nicolas Valticos, *Droit international du travail*, Dalloz, 2^e éd., 1983, p. 135.

Les Etats-Unis, dans différentes occasions, ont accompagné la ratification de conventions internationales du travail de considérations (*understandings*). La première fois cela s'est avéré en 1938, à l'occasion de la ratification de cinq conventions internationales du travail dans le secteur maritime.²³ L'occasion la plus récente concerne la ratification de la Convention sur les pires formes de travail des enfants, 1999.²⁴

La décision du Directeur général du BIT de procéder à l'enregistrement de la ratification concernée, une fois son examen sur la base des trois critères susmentionnés accompli, est généralement accompagnée, dans la communication à l'Etat intéressé, de la formule suivante:

I consider it necessary to place on record that this is on the basis that these understandings do not in any way qualify the acceptance by the United States of the obligation to make effective the provisions of the Convention, but simply constitute a formal record of the interpretation which the United States attaches to the Convention; and that the application of the Convention by the United States, as in all cases of ratified Conventions, will be subject to the supervision procedures of the International Labour Organisation.²⁵

L'existence de ce genre de déclaration semble justifier la distinction qui a été proposée entre déclarations interprétatives «qualifiées», qui expriment la volonté d'un Etat de ne pas accepter une ou plusieurs clauses du traité sinon dans une signification particulière, de manière que des significations différentes ne lui seraient pas opposables, et qui équivalent à des réserves, et déclarations interprétatives «simples», qui consisteraient dans la simple «proposition» d'une interprétation.²⁶ Cette dernière catégorie de déclarations, dans laquelle devraient se ranger les déclarations interprétatives américaines, semble occuper une place tout à fait marginale dans la pratique internationale.

Ce qui nous semble opportun de souligner dans ce contexte, est, encore une fois, le caractère non constitutif de la décision du Directeur général du BIT d'enregistrer la ratification dans ces circonstances. En tout cas, cette décision n'aura pas l'effet d'assainir les vices éventuels de la déclaration proposée.

²³ Voir *Official Bulletin*, vol. 23, 1938, n° 4, p. 130.

²⁴ Voir *Official Bulletin*, vol. 82, 1999, Series A, n° 3, p. 132.

²⁵ Voir *Official Bulletin*, vol. 71, 1988, Series A, n° 2, p. 66.

²⁶ Pour la distinction, voir Conforti, précité note 1, p. 97, qui s'interroge sur sa justification pratique. En effet, comme le dit Conforti, même s'il y a des Conventions qui admettent des déclarations interprétatives qui n'équivalent pas à des réserves, comme la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, dont l'article 310 admet «déclarations» même pour les articles pour lesquels les réserves ne sont pas permises, reste à voir quelle serait la fonction d'un acte qui serait pratiquement dépourvu d'effets juridiques.

IV. Conclusions

Pour résumer, il nous semble en premier lieu que l'affirmation courante d'après laquelle la pratique de l'OIT n'admet pas les réserves dans les conventions internationales du travail devrait être nuancée dans le sens que seulement sont interdites les réserves non autorisées par les conventions elles-mêmes, certaines des clauses de souplesse couramment utilisées étant assimilables à des réserves. En tout cas, cette conclusion n'a pas de conséquences quant à un éventuel effet de réciprocité des réserves dans l'application des conventions internationales du travail, notamment en ce qui concerne les mécanismes de contrôle de l'OIT.

En deuxième lieu, il est à souligner le caractère non constitutif de la décision du Directeur général du BIT, en tant que dépositaire, concernant l'enregistrement d'une ratification.

En troisième lieu, nous estimons que l'interdiction des réserves non prévues, sans exclure leur contradiction, en général, avec l'objet et le but des conventions internationales du travail, est due à une coutume particulière qui lie les Etats membres de l'OIT.

En quatrième lieu, la pratique de l'admissibilité de déclarations interprétatives ne concerne à notre avis que certaines hypothèses assez marginales.

La OIT y los trabajadores migrantes

*Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer**

I. La necesidad de un nuevo «marco multilateral que rijan el movimiento transfronterizo de personas»

Uno de los cambios de mayor alcance que han producido la globalización y el proceso de creciente interacción social y de interdependencia en las relaciones económicas es el cambio cuantitativo y cualitativo de los movimientos migratorios,¹ lo que ha permitido hablar de una «nueva era de la migración».² Nuevos y crecientes flujos migratorios afectan a numerosos países de emigración, de inmigración o de tránsito, y están provocando una grave y preocupante problemática social.³ La migración se ha convertido en «un tema central de nuestro tiempo».⁴

Los graves problemas que plantea la actual migración internacional no han recibido hasta ahora respuesta satisfactoria a escala nacional e internacional, siendo insuficientes e inadecuadas las medidas adoptadas.⁵ Además, los países afectados no pueden abordar de manera aislada y unilateral la problemática de

* Catedrático de la Universidad de Alcalá (Madrid). Miembro de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.

¹ Como afirma el Director General de la Organización Internacional del Trabajo, en el Informe que, con el título *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos*, ha presentado ante la 92.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (2004) y que resume el elaborado en febrero de 2004 por la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, creada en el seno de la OIT.

² Véase P. Stalker, *Workers without Frontiers*, OIT, Ginebra, 2000, pág. 21.

³ Con frecuencia, los trabajadores migrantes son víctimas de explotación y se ven privados de derechos cívicos, laborales y de protección social. Sobre todo, la migración incontrolada y, no suficientemente regulada que genera problemas y disfunciones y la falta de reconocimiento de derechos de los inmigrantes creando situaciones especialmente degradantes, actividades ilegales de tráfico internacional de personas, y un número creciente de inmigrantes irregulares.

⁴ Véase *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, Conferencia Internacional del Trabajo, 92.^a reunión, 2004, *Informe VI*, pág. 9.

⁵ Véase *Por una globalización justa*, *op. cit.*, *supra* nota 1, pág. 108 y ss. Han existido esfuerzos de los organismos internacionales en relación con la migración y la protección de los trabajadores migrantes, pero los diversos organismos internacionales que se han ocupado de la migración lo han hecho de forma no coordinada o han adoptado instrumentos escasamente efectivos. Así la

la migración.⁶ Con tino, la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización ha afirmado que «el mayor vacío de la actual estructura internacional de la economía global es la ausencia de un marco multilateral que rijan el movimiento transfronterizo de personas».⁷ Desde la OIT se afirma que «se requiere una comprensión mucho mayor del fenómeno actual de la migración, con objeto de que la comunidad internacional pueda idear los medios e instrumentos necesarios para una mejor gestión de la migración», y evitar que la situación empeore, y se agrave la desprotección de los trabajadores migrantes.⁸

Son, pues, necesarios nuevos instrumentos e intervenciones e internacionales que permitan encauzar la emigración y asegurar una protección adecuada de los trabajadores migrantes, en lo que la Organización Internacional del Trabajo, que ha sido pionera en el tratamiento supranacional de la migración, debe desempeñar un papel principal. La Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización la ha invitado a que «tome las riendas en estos asuntos»,⁹ sugerencia que no ha sido desoída. En la 92.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (2004) se ha incluido como sexto punto del orden del día el tema de los

escasamente ratificada Convención Internacional de Naciones Unidas sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990, o la protección e integración social de los inmigrantes o el Acuerdo General sobre el comercio de servicios de la OMC, así como numerosos los Acuerdos bilaterales y multilaterales de carácter regional. Tampoco la Organización Internacional para las Migraciones, creada en 1951, ha podido cumplir su propósito de una realización armónica de los movimientos migratorios en todo el mundo y de facilitar, en las condiciones más favorables, el asentamiento e integración de los migrantes en la estructura económica y social del país de acogida velando por el respeto de los derechos de los emigrantes. El presente estudio se centrará sólo en la labor de la OIT omitiendo el examen de otros instrumentos internacionales y de la labor de la OIM.

⁶ Según el Informe de la Oficina presentado en la Conferencia Internacional del Trabajo de 2004 la gestión de la migración es un «quehacer intrínsecamente multilateral» y es necesario que los principios contenidos en las normas internacionales de trabajo informen la legislación y prácticas nacionales para garantizar el reconocimiento jurídico y la protección de los derechos laborales y humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes (véase *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, *op. cit.*, *supra* nota 4, pág. 153-154).

⁷ Véase *Por una globalización justa*, *op. cit.*, *supra* nota 1, pág. 105. Esa Comisión ha requerido el establecimiento de un nuevo marco multilateral, que enmarque y gobierne el creciente movimiento transfronterizo de personas y los nuevos fenómenos de emigración ligados a la economía global, para ofrecer oportunidades migratorias mutuamente beneficiosas, atendiendo a los intereses legítimos de los Estados de origen y de los receptores, para asegurar que el proceso migratorio sea ordenado, predecible y legal, eliminando el tráfico ilegal y los abusos, a los que la mujer es especialmente vulnerable, y para garantizar los derechos de los trabajadores migrantes mediante una protección adecuada y un trato justo. Estima que a tal fin debería fomentarse el diálogo entre los países de origen y de destino para crear un enfoque común de las políticas migratorias y que deberían revitalizarse y ampliarse los compromisos multilaterales en materia de derechos y protección de los trabajadores migrantes, creando un marco institucional multilateral más general, reforzando el papel de las organizaciones multilaterales pertinentes y mejorando la coordinación entre ellas.

⁸ Véase *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, *op. cit.*, *supra* nota 4, pág. 4 y 14.

⁹ Véase *Por una globalización justa*, *op. cit.*, *supra* nota 1, pág. 110.

«Trabajadores Migrantes». La Conferencia designó para el examen del tema y la formulación de las propuestas pertinentes una «Comisión de los Trabajadores Migrantes»¹⁰ que ha elaborado unas importantes Conclusiones sobre un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en una economía globalizada, que ha hecho suyas la Conferencia.¹¹

En esas Conclusiones se acuerda la elaboración de un plan de acción de la OIT para los trabajadores migrantes, el establecimiento de un «marco multilateral no vinculante» para los trabajadores migrantes (a someter al Consejo de Administración en noviembre de 2005), el reforzamiento de las normas internacionales del trabajo y otros instrumentos pertinentes, la mejora de la capacidad y de la asistencia técnica, el desarrollo de una base de conocimientos sobre los movimientos migratorios y de las condiciones de los migrantes, la concienciación sobre esta problemática y el fomento del diálogo social sobre migraciones y política migratoria. Se sugiere la creación de una Comisión Permanente sobre Migraciones en el Consejo de Administración y se invita al establecimiento en la OIT de un foro o plataforma para el diálogo sobre las migraciones, en conexión con otras organizaciones internacionales y multilaterales.

Desde el punto de vista del jurista esas Conclusiones tienen una doble lectura. Por un lado, reflejan el papel necesariamente limitado que puede tener la OIT en la regulación del movimiento transfronterizo de trabajadores, que sobrepasa el campo específico propio de la Organización de elaboración de una reglamentación internacional del trabajo y, por otro lado, el propósito de no completar o revisar de inmediato los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo existentes con vistas a reforzar la protección y la promoción de derechos de los trabajadores migrantes, no considerándose de momento «pertinente» la adopción de nuevas normas internacionales del trabajo.¹² Se propone un modelo de intervención centrado en acciones y medidas no jurídicamente vinculantes que puedan contribuir sustancialmente a la mejora de la situación de la migración internacional.

¹⁰ Que examinó el Informe VI preparado por la Oficina, ya citado, *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*. En su 283.^a reunión (marzo de 2002), el Consejo de Administración de la OIT decidió inscribir en el orden del día de la 92.^a reunión (2004) de la Conferencia Internacional del Trabajo un punto sobre los trabajadores migrantes con miras a una discusión general basada en un «enfoque integrado» para examinar la situación de la migración laboral en la era de la globalización; políticas y estructuras para una migración más ordenada, y la mejora de la protección de los trabajadores migrantes a través de la elaboración de normas. A tal objeto se preparó ese Informe (*En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*) que ha servido de base a la discusión de ese punto en la Conferencia.

¹¹ Véase Conclusiones sobre un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada, Conferencia Internacional del Trabajo, 92.^a reunión, 2004, *Actas Provisionales*, Doc. 22, pág. 68 y ss. (en adelante «Conclusiones»).

¹² No obstante, de esas Conclusiones cabe deducir, en cuanto se invita a la ratificación de los Convenios núms. 97 y 143 que la Conferencia ha aceptado expresamente su pertinencia y actualidad, lo que no se había declarado hasta el momento.

Sin duda, todo ello tendrá efectos positivos y ayudará a los Estados en el diseño de sus propias políticas de migración y de trabajo, pero, como se afirma en aquellas Conclusiones, «para resultar efectiva, creíble y aplicable, la política y la práctica nacionales relativas a la migración laboral y a la protección de los trabajadores migrantes requieren un sólido fundamento jurídico basado en el derecho nacional e internacional»,¹³ para cuya elaboración la Organización Internacional del Trabajo ha de cumplir un papel relevante. Ello, tanto a través de los convenios y recomendaciones que tienen por objeto específico la migración internacional y la protección de los trabajadores migrantes que, en cuanto vigentes en los Estados miembros, son unas normas mínimas de protección especialmente pertinentes, como a través de normas internacionales de trabajo que reconocen derechos invocables por trabajadores que prestan sus servicios en otro país. Las reflexiones que siguen tratarán de abordar el papel que cumplen las normas internacionales del trabajo en la protección de los trabajadores migrantes y la posible operatividad al respecto del anunciado «marco multilateral no vinculante» a desarrollar en el seno de la OIT.

II. Inmigración y status jurídico del extranjero

La regulación de la entrada y permanencia de extranjeros en el territorio nacional para el acceso a empleos o actividades profesionales ha sido considerada tradicionalmente materia de soberanía estatal, correspondiendo al legislador nacional establecer requisitos, autorizaciones y controles para el acceso al territorio nacional, para su instalación en él y, en su caso, para ejercer en el mismo una actividad laboral.¹⁴ La admisión de nacionales de terceros países con fines laborales y las políticas de admisión de migrantes se condicionan a las necesidades del mercado de trabajo y a la propia política de seguridad nacional que condiciona la regulación del acceso y el régimen de entrada, visados, auto-

¹³ Conclusión número 11.

¹⁴ No existe un derecho a la inmigración correlativo a la libertad de emigrar reconocida en el art. 13.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, según el cual toda persona tiene derecho a la libertad de circulación para la búsqueda de trabajo, y que implica el derecho a salir del propio país para emigrar. No se tiene un derecho a devenir inmigrante en otro país, a entrar y permanecer en el territorio de otro Estado para trabajar allí. Véase P. Stalker, *Les travailleurs immigrés*, BIT, Ginebra, 1995, pág. 153. Ello ha encontrado como excepción fundamental el reconocimiento de un derecho a la libre circulación de los trabajadores que suprime las barreras para la entrada y la instalación en otro país comunitario y que es uno de los pilares básicos del Derecho de la Unión Europea donde los inmigrantes propiamente dichos son los «extracomunitarios» sometidos a una política común restrictiva de entrada, visados, y limitación de acceso con el propósito de evitar que la Unión Europea se convierta en un foco de emigración.

rización de permanencia en el país y la concesión de permisos de trabajo. Todo ello es materia propia del derecho de extranjería y del derecho de inmigración, que, aunque condicionan el acceso del extranjero al mercado de trabajo, no constituyen materialmente normativa de trabajo ni forman propiamente parte del Derecho del Trabajo.¹⁵

Una ordenación internacional vinculante de los fenómenos migratorios tropieza con las barreras infranqueables de los derechos nacionales, afecta a un tema considerado propio de la soberanía nacional y excede del campo propio de la reglamentación del trabajo competencia de la Organización Internacional del Trabajo. La OIT tan sólo puede suministrar orientaciones sobre la ordenación de los movimientos migratorios y sobre la protección en el momento del desplazamiento de los trabajadores que emigran, pero sin interferir en la competencia de los Estados de regular las condiciones de salida y entrada en el propio territorio ni en la cooperación bilateral entre los Estados de salida y de destino.

Ello se refleja en el contenido del Convenio sobre los trabajadores migrantes «revisado» de 1949 (núm. 97), y del Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias) de 1975 (núm. 143) y de las Recomendaciones núms. 86 y 151 que los acompañan. Estos instrumentos, y en especial el Convenio núm. 97, han tratado en buena parte de promover la coordinación de las políticas nacionales migratorias pero no de incidir en las decisiones básicas de las políticas migratorias, es decir, en los criterios de admisión y de residencia, sobre los que tan sólo se promueven acuerdos bilaterales o multilaterales.

En gran parte, el Convenio núm. 97 tiene como destinatarios a los países de salida y se ocupa del desplazamiento de emigrantes,¹⁶ sus artículos 1 a 7 se refieren sobre todo al reclutamiento y a la colocación de los trabajadores migrantes, y lo mismo cabe decir del Convenio núm. 143 en cuanto al tratamiento de las migraciones en condiciones abusivas. Ambos tienen una incidencia muy escasa sobre la gestión de las vías de la inmigración laboral legal y aún menos sobre las condiciones de admisión y entrada para trabajar en otro Estado.

La temática de la emigración, del reclutamiento y colocación de trabajadores migrantes está indirectamente afectada por otros instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo, en particular los referentes al trabajo forzoso (Convenios núms. 29 y 105), a la eliminación del trabajo infantil (Convenios núms. 138 y 182) o a los convenios relativos a las oficinas de colocación y servicios de empleo (Convenios núms. 88 y 96), en la medida en que los Estados de salida estén vinculados por los mismos y asuman el compromiso de cumplir con las severas reglas contenidas en esos convenios de evitación de

¹⁵ Sin embargo el que el Derecho del Trabajo se esté convirtiendo también en un Derecho del empleo no deja de incidir en la política de inmigración que afecta y está afectada por la política de empleo, que condiciona el grado mayor o menor de apertura de las fronteras a los trabajadores extranjeros.

¹⁶ Véase M. Abella, *Sending workers abroad*, ILO, Ginebra, 1997.

tráfico de mano de obra forzada, de mano de obra infantil o de abusos en los servicios de colocación. Lo mismo cabe decir a los Estados de destino, que, en virtud de esos Convenios, han de impedir que sus inmigrantes sean víctimas de trabajo forzoso, de trabajo infantil, o de que funcionen en su territorio servicios de colocación y empleo de inmigrantes ilegales o abusivos.

La problemática de la migración cambia de signo cuando el migrante consigue «entrar» y establecerse en un país para trabajar y se convierte en inmigrante. Sigue siendo migrante en cuanto sujeto a las normas de acceso, residencia y permisos de trabajo, y, como extranjero y en esa condición, se ve sometido al ordenamiento jurídico del país de residencia. Tradicionalmente, el derecho de extranjería había dado prevalencia al principio «realista» de soberanía nacional frente al principio universalista de igualdad entre los seres humanos.¹⁷ El desarrollo de la normativa internacional en materia de derechos humanos y la evolución en los países más avanzados del tratamiento constitucional de los derechos del extranjero ha invertido esa tendencia, y ha hecho más relativas las diferencias entre nacionales y extranjeros en materia de derechos fundamentales y el propio concepto de ciudadanía.¹⁸

Los extranjeros que se encuentren en un país extraño son titulares de los derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal, imprescindibles para la garantía de su dignidad, no sometidos a la condición de nacionalidad ni disponibles por el legislador. Se trata de derechos «incondicionales»¹⁹ cuya titularidad y ejercicio corresponde también a los extranjeros y que se imponen a los poderes públicos como componentes esenciales de la democracia constitucional, dada la dimensión objetiva que alcanzan los derechos fundamentales.²⁰ A ello ha contribuido de forma decisiva la evolución de la normativa internacional en materia de trabajo y protección social, que ha permitido asegurar al inmigrante

¹⁷ Véase D. Lochak, « Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites? », *Droit Social*, 1990 pág. 76 y ss.

¹⁸ Según López Sala, «en las sociedades receptoras actuales apreciamos una proliferación de status de pertenencia parcial basada en el reconocimiento a los extranjeros de una gran parte de los derechos reservados a los ciudadanos» que se debe a la pertenencia a una categoría más inclusiva que la ciudadanía formal, lo que permite una pertenencia múltiple y abre la puerta incluso para una ciudadanía diferenciada, la llamada ciudadanía postnacional menos basada en consideraciones territoriales que en la noción de derechos del individuo; véase «Inmigración, Ciudadanía y Derechos Liberales», en *España y las Inmigraciones internacionales en el cambio de siglo*, Madrid, 2000, pág. 7 y ss.

¹⁹ Sobre los derechos «incondicionales» que se imponen a los poderes públicos en todo caso, véase V. Tchen, *Les droit des étrangers*, París, 1998, pág. 71.

²⁰ La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada en Niza en diciembre de 2000, y que se incorporará al Tratado, incluye una serie de derechos de dignidad y de libertades cuyo reconocimiento no está condicionados a la ciudadanía europea. Según la Comisión, los principios de la Carta “debido a la universalidad de determinados derechos, se aplican a los nacionales de países terceros”; véase “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de migración” de 23.11.2000 COM (2000) 757 final, pág. 12.

un estatuto jurídico de derechos, como persona, respecto a sus derechos «humanos»,²¹ y como trabajador.²²

El status del inmigrante se ve enriquecido con su condición de trabajador por los valores, principios y derechos que configuran la tutela del trabajo y la «ciudadanía social» que de ellos se deriva.²³ El reconocimiento al inmigrante de los derechos sociales vinculados al trabajo es un elemento indispensable «para una efectiva integración y cohesión social» de los inmigrantes, y una condición para «el verdadero goce de los restantes derechos y otras libertades»,²⁴ dado que los derechos sociales devienen un factor clave para la obtención de otros derechos no estrictamente laborales.²⁵

²¹ La Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de los trabajadores «migratorios», en su parte III trata de asegurar la aplicación de todos los derechos humanos universales a los trabajadores migrantes, enumerando los derechos civiles, políticos, económicos y culturales aplicables a todos los trabajadores migrantes y sus familias, regularizados o no. Poquísimos países de inmigración han ratificado este importante Convenio.

²² Ha sido muy relevante la contribución del llamado Derecho Internacional del Trabajo, donde ha jugado particularmente «la tensión creciente entre el derecho soberano de cada Estado de proteger los intereses del mercado de trabajo interno y los derechos fundamentales de los trabajadores que, por diversos motivos, se vieron forzados o eligieron emigrar en busca de empleo»; véase «*Trabajadores migrantes – Estudio general sobre el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97) y la Recomendación (núm. 86) y el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143) y la Recomendación (núm. 151)*», Conferencia Internacional del Trabajo, 87.ª reunión, 1999, *Informe III (Parte 1B)*, pág. 12.

²³ El condicionamiento mutuo entre el derecho de extranjería y el derecho de inmigración produce conflictos entre los objetivos sociales y los de seguridad y de política económica (que operan como barreras y condicionamientos para la entrada y para la permanencia de los inmigrantes) pero no afecta a los objetivos de protección e integración social del Estado social, que imponen el respeto de los valores constitucionales vinculados al hecho del trabajo asalariado que se relacionan con la mera condición de trabajador. Véase M. Rodríguez-Piñero, «Legislación de extranjería y política de inmigración», *Relaciones laborales*, núm. 20, 2000, pág. 5 y ss.

²⁴ Véase M.I. Ramos Quintana, *Trabajadores extranjeros e integración social*, Madrid, 1989, pág. 16.

²⁵ En la inmigración se ha invertido la secuencia clásica entre los derechos políticos, civiles y sociales, pues se ha abierto al inmigrante, por su condición de trabajador, a partir de la adquisición de la ciudadanía social la ciudadanía civil, y algunos aspectos de la política, de modo que «la ciudadanía social de los inmigrantes antecede y se detiene en el umbral de la ciudadanía política»; véase F. Colon Gonzalez, «Los umbrales del demos: ciudadanos, transeúntes y metecos», en F. Quintana (ed.), *La filosofía política en perspectiva*, Barcelona, 1998, pág. 48. Ha cobrado actualidad la distinción de T. Marshall sobre los tres planos o elementos de la ciudadanía, el civil vinculado a derechos de libertad, el político, vinculado a derechos de participación y el social vinculado a derechos de protección social; véase T. Marshall Bottomore, *Ciudadanía y clase social*, Madrid, 1998, pág. 22 y ss. Véase también Lopez Sala, *op. cit., supra* nota 18, pág. 11 y ss; V. Guiraudon, «The Marshallian Triptych re-ordered: the Role of Court and Burocracies in Furthering Migrant Rights», *EUI Working Paper*, EUF, núm. 99/1; A. Lofaro, «Immigrazione, lavoro, cittadinanza», *Giornale di diritto del lavoro et di relazioni industriali*, 1997, pág. 535 y ss.

III. El Derecho internacional del trabajo como derecho para los inmigrantes

La regulación de los derechos y condiciones que se ofrecen y que se garantizan al inmigrante extranjero como trabajador es regulación del trabajo incluida dentro de la competencia propia de la Organización Internacional del Trabajo de establecimiento de normas internacionales de trabajo.

Al adquirir el inmigrante la condición de trabajador, el Derecho del Trabajo del país de destino lo «acoge» en su ámbito y en su «lógica» en aplicación del principio de territorialidad que entra en juego una vez que el extranjero asume la condición de trabajador. El contrato de trabajo por regla general se encuentra sujeto a la ley del país de empleo²⁶, y, en este sentido, el Derecho del Trabajo es derecho «para» la inmigración, al aplicarse al trabajador extranjero la situación o estatuto jurídico de inmigrante que incluye los derechos derivados de la condición de trabajador que conforman el contenido material del Derecho del Trabajo. Se trata de derechos en los que la ciudadanía carece en principio de relevancia, el individuo trabajador trasciende al ciudadano y la dimensión territorial del disfrute del derecho resulta decisiva²⁷. En la OIT se recuerda que «pocas disposiciones legales o administrativas sobre las condiciones de trabajo contienen disposiciones basadas en la nacionalidad», aplicándose la legislación de trabajo «en principio indistintamente a los trabajadores nacionales y a los extranjeros, en virtud de disposiciones generales relativas a sus campos de aplicación»²⁸.

El doble condicionamiento de los tratados internacionales y de los mandatos constitucionales impone una equiparación cada vez mayor entre los trabajadores inmigrantes y los trabajadores nacionales en el goce de los derechos sociales, siendo de difícil justificación diferencias de trato en razón de la nacionalidad en derechos derivados de la condición de trabajador y para la tutela del trabajo. La promoción y aplicación de las normas internacionales del trabajo en los ordenamientos laborales nacionales contribuye así de forma importante a la mejora del estatuto jurídico y a la protección de los derechos del inmigrante.

Las normas internacionales del trabajo, sustancia característica de la OIT, toman como punto de partida los derechos del trabajo nacionales y tratan de influir en ellos obligando a los Estados que han ratificado los correspondientes convenios a adaptar sus ordenamientos internos a las exigencias del respectivo

²⁶ El contrato de trabajo queda sometido, en principio, a la legislación del lugar de ejecución del trabajo que se ha vinculado tradicionalmente con el carácter territorial de la legislación laboral. La nacionalidad del trabajador es un factor irrelevante para determinar la aplicación del Derecho del Trabajo a un contrato de trabajo que se celebra y que se ejecuta en el país de destino con empresarios instalados en él; que el trabajador tenga nacionalidad extranjera no implica de por sí una conexión internacional del negocio jurídico laboral según resulta, por ejemplo, del art. 6 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980.

²⁷ Véase Lopez Sala, *op. cit.*, *supra* nota 18, pág. 11.

²⁸ Véase *Trabajadores migrantes*, *op. cit.*, *supra* nota 22, pág. 176.

convenio. La dimensión nacional de los derechos del trabajo es el punto de partida de aquellas normas, cuya dimensión internacional está sólo en su origen convencional y en la aceptación por cada Estado miembro a través de la ratificación, y en la labor de los organismos de control, pero no superan la dimensión territorial de los ordenamientos laborales nacionales.

En su conjunto, y en la medida en que los convenios de la OIT se ratifiquen por un número significativo de Estados, producen un cierto proceso de armonización de los sistemas laborales nacionales, pero sin implicar una «internacionalización» de la dimensión territorial nacional que se predica del Derecho del Trabajo.²⁹

La Organización Internacional del Trabajo se ocupa, pues, de los derechos laborales de los inmigrantes en cuanto reconocidos en los convenios ratificados que condicionan las normas nacionales y que por su dimensión territorial benefician también a trabajadores «extranjeros». ³⁰ Al asegurar en el respectivo país la tutela del trabajo y la protección social, el convenio ratificado opera también como un instrumento de protección de todo trabajador, al margen de su nacionalidad. Por ello, en numerosas ocasiones la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones ha venido considerando infracciones o incumplimientos de las obligaciones asumidas por los Estados en convenios ratificados, violaciones de derechos que afectan a trabajadores extranjeros, por ejemplo en materia de libertad sindical, trabajo forzoso o infantil, de discriminación, especialmente contra la mujer, etc. ³¹

Una de las renovadas tareas que debería asumir la Organización Internacional del Trabajo respecto a la protección de los trabajadores migrantes sería la de insistir en la aplicación a los trabajadores extranjeros del estatuto jurídico del trabajador nacional en lo relativo a las normas internacionales del trabajo, la mayor parte de las cuales no establecen distingos o exclusiones en función de la nacionalidad del trabajador, de forma que se entiende que se aplican a los inmigrantes, salvo que el texto del convenio diga lo contrario.

²⁹ Ni siquiera la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos fundamentales en el Trabajo, que incluye a todos los trabajadores «in situ» al margen de su nacionalidad, ha supuesto una ruptura de esta perspectiva «nacional» de las normas internacionales del trabajo, aunque haya generado en el ámbito supranacional unos mayores niveles de exigencia en las actuaciones de los Estados.

³⁰ Según Vittin-Balima, «conviene recordar que, con excepción de los instrumentos sobre trabajadores migrantes y otras categorías especiales –los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Conferencia internacional del Trabajo son de aplicación general, es decir, abarcan a todos los trabajadores sin condiciones de ciudadanía; véase «Trabajadores migrantes», en *Las normas internacionales de trabajo, un enfoque global*, OIT, Ginebra, 2001, pág. 151.

³¹ Sobre convenios citados recientemente por la Comisión de Expertos en relación con los trabajadores migrantes durante los procedimientos de control, véase Vittin-Balima, *op. cit.*, pág. 152. Puede citarse como ejemplo significativo, pese a su escaso número de ratificaciones, el Convenio sobre las plantaciones 1958 (núm. 110), que ha cumplido un papel significativo en la protección de trabajadores extranjeros para trabajos en las plantaciones.

IV. Igualdad de trato y no discriminación de los trabajadores migrantes

Es difícil asegurar en la ejecución del contrato de trabajo una absoluta igualdad en las condiciones salariales y de trabajo entre los trabajadores nacionales y los inmigrantes, también por la existencia de un mercado de trabajo dual que reserva a los inmigrantes trabajos (sucios, peligrosos y dificultosos), escasamente pagados y que tienden a ser rechazados por los propios nacionales. Pese a la protección de sus derechos, buena parte de los inmigrantes se encuentran en una particular situación de desventaja, y, con frecuencia, tienen acceso sólo a trabajos que los nacionales rechazan, menos cualificados, más penosos y peligrosos, menos reconocidos y peor retribuidos, con menor posibilidad promoción y de acceso a la formación. Los inmigrantes constituyen, además, en muchos casos una reserva de mano de obra, pues «son contratados cuando falta mano de obra y despedidos cuando la situación de empleo empeora»,³² dando lugar a formas generalizadas de subempleo.

Ello plantea un problema de desigualdad tanto en los que se refiere a la desigualdad de trato como a la desigualdad de oportunidades, con dificultades de integración social.³³

En cuanto a la desigualdad de trato, en teoría según se ha dicho, los derechos individuales de los trabajadores son los mismos sea cual sea su nacionalidad, y no es legítimo establecer diferencias normativas de trato entre los trabajadores en función de su nacionalidad.³⁴ Sin embargo, no siempre sucede así, y, por ello, los instrumentos internacionales se han preocupado por la peor situación en que se encuentran los inmigrantes como grupo perjudicado, también en cuanto a sus condiciones de trabajo,³⁵ y han tratado de asegurar una igualdad de condiciones de trabajo del inmigrante con los nacionales, evitando la discriminación de los trabajadores extranjeros en sus condiciones salariales y de trabajo.³⁶

³² Véase *Trabajadores migrantes*, op. cit., supra nota 22, pág. 157 y 158.

³³ Véase *Discrimination against migrant workers in the labour market*, OIT, Ginebra, 2000; R. Bohning, *Empleo de los trabajadores extranjeros*, OIT, Ginebra, 1996.

³⁴ Véase Conseil d'Etat, Rapport Public 1996 «Sur le principe d'égalité», La Documentation française, núm. 48, pág. 362.

³⁵ Es un hecho plenamente constatado, véase por ejemplo Zegers de Beijil, *Discrimination of Migrant Workers in Western Europe*, Ginebra, 1990.

³⁶ Por condiciones de trabajo en la normativa de la OIT se incluye la remuneración, jornada de trabajo, vacaciones, edad mínima de admisión en el empleo, formación y orientación profesional, seguridad en el empleo, ambiente de trabajo, etc. Dentro de esas condiciones de trabajo tienen una especial importancia las normas de la OIT relativas a la seguridad y salud en el trabajo, ya de carácter general ya en relación con determinadas actividades económicas, medidas de protección específica o protección frente a riesgos específicos. Los muy numerosos convenios de la OIT al respecto, y, en particular, el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores 1981 (núm. 155) son convenios que se aplican objetivamente en los lugares de trabajo, a nivel de empresa, y respecto a todos los trabajadores sin distinción y al margen de su nacionalidad, ofrecen un reforzado marco de protección de la seguridad y salud de los inmigrantes, garantizándoles un medioambiente de trabajo sano y seguro.

El Convenio núm. 97 (1949), relativo a los trabajadores migrantes, afirma el principio de igualdad de trato, «siempre que estos puntos estén reglamentados por la legislación o dependan de las autoridades administrativas»,³⁷ de modo que la legislación del trabajo se aplique «en principio indistintamente a los trabajadores nacionales y a los extranjeros».³⁸

Más recientemente, se prohíbe toda discriminación en perjuicio de los trabajadores migrantes, no sólo en los tratamientos normativos, incluida la contratación colectiva. En esta línea, el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975, núm. 143 de la OIT³⁹ se refiere directamente a la igualdad de trato en materia de condiciones de trabajo a todos los trabajadores migrantes que ejerzan la misma actividad, cualesquiera que sean las condiciones particulares de su empleo,⁴⁰ incluyendo las diferencias de trato entre trabajadores nacionales y trabajadores extranjeros cuando tengan origen contractual o derivadas de decisiones empresariales.

También cumplen un papel al respecto los convenios de la OIT sobre igualdad y no discriminación. Existen al respecto dos convenios calificados como «fundamentales», el Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100), y el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).

³⁷ Véase artículo 6, párrafo 1. La Recomendación sobre los trabajadores migrantes núm. 151 (1975) amplía ese listado. Esta restricción se reitera en el artículo 19 de la Carta Social Europea.

³⁸ Véase *Trabajadores migrantes, op. cit., supra* nota 22, pág. 176. Esta limitación de la aplicación del principio de igualdad a los tratamientos normativos estatales y a las condiciones mínimas de trabajo, choca con el valor igualdad y su conexión con la dignidad de la persona, que postula que la igualdad de trato opere también en los tratamientos normativos de origen colectivo y en los actos y decisiones empresariales para evitar un tratamiento desigual entre los trabajadores sobre la base de la nacionalidad o extranjería.

³⁹ El Convenio impone adoptar medidas legislativas que prohíban la discriminación en las condiciones salariales y de trabajo por motivos de nacionalidad y que garanticen la igualdad de trato con los nacionales en materia de condiciones de empleo, asegurando una protección jurídica contra los actos de discriminación, particularmente los que tienen su origen en medidas empresariales. La Comisión de Expertos de la OIT ha puesto de relieve la discriminación que sufren los trabajadores extranjeros que en igualdad de trabajo gozan de condiciones salariales y laborales menos favorables y en general ganan «menos que los nacionales que realizan el mismo trabajo que ellos» (véase *Trabajadores migrantes, op. cit., supra* nota 22, pág. 157).

⁴⁰ También el Convenio sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977, declara que «en cuanto a las condiciones de trabajo, los trabajadores migrantes autorizados a desempeñar un empleo disfrutarán de un tratamiento no menos favorable que el que se reserve a los trabajadores nacionales», añadiendo que «no se podrá derogar por contrato individual el principio de igualdad de trato» (art. 16). El ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato en materia laboral se extiende también a los refugiados y, en ese sentido, el Convenio de 28 de julio de 1951, relativo al Estatuto de los Refugiados, obliga a los Estados contratantes a conceder a los refugiados que se encuentren legalmente en su territorio «el mismo trato que a los nacionales» en lo que se refiere a remuneración, horario de trabajo, vacaciones, restricciones al trabajo a domicilio, edad mínima de empleo, aprendizaje y formación profesional, trabajo de mujeres y de adolescentes y disfrute de los beneficios de los contratos colectivos de trabajo» (art. 24).

El Convenio núm. 100 se refiere a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, dado que las mujeres migrantes son un grupo especialmente vulnerable y víctima de abusos, el Convenio núm. 100 podrá servir para imponer a los Estados reducir disparidades salariales entre hombres y mujeres que afecten particularmente a las trabajadoras migrantes, como sucede en particular con las trabajadoras del servicio doméstico.

El Convenio núm. 111 puede cumplir un papel especialmente relevante en la reciente preocupación por la lucha contra el racismo y la xenofobia,⁴¹ impidiendo que la raza, etnia, religión, la ideología o la cultura «diversa» puedan justificar diferencias de trato entre los trabajadores, incluidos los trabajadores extranjeros. Aunque el Convenio núm. 111 no establezca como criterio vedado de discriminación la nacionalidad, sino sólo la ascendencia nacional (que incluye los descendientes de inmigrantes o personas de origen nacional diferente de los que viven en el mismo Estado)⁴², a través de la protección de discriminaciones de carácter racial, religioso o cultural, de forma indirecta se están tutelando los derechos de muchos trabajadores extranjeros pertenecientes a etnias o culturas distintas a las del país de acogida.

Las tendencias más avanzadas en el aseguramiento de los derechos de los inmigrantes, también para favorecer su integración social, teniendo en cuenta que en su mayoría son un grupo desfavorecido a los que afecta de forma desproporcionada la exclusión social y que sufren condiciones de trabajo desventajosas, tratan de garantizar que sus condiciones de vida y de trabajo sean comparables a las de los nacionales, y que su estatuto jurídico, sus derechos y responsabilidades, se establezcan «sobre una base de igualdad con los nacionales».⁴³

La extensión a los inmigrantes de derechos laborales y de protección social comunes a los de los nacionales puede ser sólo formal y no permite asegurar su

⁴¹ Véase Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial y étnico y Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato y la ocupación. Sobre la conexión de esas Directivas con el hecho migratorio, véase M. Rodríguez-Piñero, «Nacionales extracomunitarios y derecho a la igualdad de condiciones de trabajo» y J.M. Gómez Muñoz, «La prohibición de discriminación por causas étnicas y raciales», ambas en *Temas Laborales*, 59, 2001, respectivamente págs. 11 y ss. y 65 y ss.

⁴² «Igualdad en el empleo y ocupación», Estudio General, 1988, párrafos 30 y ss.

⁴³ Véase «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de inmigración», COM (2000) 757, final. pág. 24, que añade «diferenciados en función de la duración de la estancia, previendo al mismo tiempo la progresión hacia un estatuto permanente. A más largo plazo esto podría ampliarse hasta el ofrecimiento de una forma de ciudadanía cívica, basada en el Tratado CE e inspirada por la Carta de Derechos Fundamentales, consistente en un conjunto de derechos y obligaciones ofrecidos a los nacionales de terceros países». Esta ciudadanía cívica sería un plus sobre la ciudadanía «social» derivada de la condición de trabajador, por lo que el reconocimiento de la igualdad de derechos en materia laboral no podría condicionarse en principio a la duración de la estancia.

integración socioeconómica. La formulación y la puesta en práctica de la política migratoria⁴⁴ han de tener en cuenta la situación de marginación y desventaja social, económica y cultural de muchos inmigrantes para favorecer su plena integración social sobre todo la de aquellos inmigrantes que pretenden instalarse con sus familias permanentemente en el país de destino. Por ello, las políticas y estrategias de igualdad inspiradas en el universalismo de los derechos sociales y económicos que inspiran el tratamiento laboral del trabajador extranjero han de coordinarse y completarse con las políticas de integración socioeconómica de los emigrantes que tomen en cuenta las especiales características, condiciones y situaciones de necesidad en que se encuentran los inmigrantes y sus familias, diseñando medidas específicas para favorecer una igualdad de oportunidades en el mercado de trabajo y para facilitar a los inmigrantes el acceso efectivo a los servicios públicos sociales, educativos, de formación profesional sanitarios y culturales. Todo ello con el fin de reducir la discriminación que sufren y promover la igualdad efectiva en el trabajo y en las condiciones de vida personales y familiares,⁴⁵ evitando que esas medidas puedan acentuar los aspectos estructurales de su situación de desventaja.

A esta idea responde el Convenio de la OIT núm. 143, sobre las migraciones en condiciones abusivas que se refiere a la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes. En su Parte II ese Convenio diseña la formulación y aplicación de una política nacional destinada a promover y a garantizar la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, protección social, libertades y derechos para las migrantes y sus familias que se encuentren legalmente en el territorio. Como medidas concretas el Convenio se refiere, entre otras, a programas educativos, a ayudas para conocer y defender sus derechos, a elaborar una política social adaptada a sus condiciones y necesidades particulares hasta que puedan adaptarse al país de empleo, estímulos a sus esfuerzos para conservar su identidad nacional y facilitar la reagrupación familiar. Tratando de asegurar una integración social efectiva y a eliminar situaciones de marginación y de exclusión social.⁴⁶

⁴⁴ Según Daubler «las dificultades lingüísticas, una menor cualificación previa y las diferencias de mentalidad pueden dar lugar que en muchos aspectos sean objeto de una discriminación real respecto a los trabajadores» nacionales, de modo que para compensarles y lograr una asimilación material «sería preciso favorecer de algún modo al extranjero en el aspecto jurídico»; véase *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1994, pág. 837.

⁴⁵ Véase *Trabajadores migrantes, op. cit., supra* nota 22, pág. 163 y ss. y 180.

⁴⁶ La Comisión de Expertos se ha referido a unas «medidas de discriminación positiva» para corregir la discriminación sufrida por los inmigrantes; *ibid.*, pág. 180.

V. La libertad sindical y los inmigrantes

Los derechos laborales reconocidos a los inmigrantes incluyen los derechos de expresión y movilización colectiva, tan importantes para ellos, y que incluyen genéricamente los derechos de manifestación, reunión y asociación, y, en el plano laboral, los de sindicación y de huelga. Los inmigrantes son titulares directos, al margen de su nacionalidad, de los derechos de la persona, como el derecho a la libertad, a la integridad física, a la tutela judicial, al trabajo no forzoso, etc. Pero dentro de esos derechos de la personas ha de entenderse que se incluyen también esos derechos colectivos y, en particular, el derecho a la libertad sindical, manifestación del derecho a la libertad, la autonomía y la autodeterminación.

El derecho a la libertad sindical se reconoce en la Declaración Universal de Derechos Humanos como derecho de toda persona, sin distinciones de ningún tipo, a crear sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses. En la misma línea la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo impone a todos los Estados miembros al incorporarse a la Organización respetar, promover y hacer realidad como principio «la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva». En el último Informe global de seguimiento de la Declaración, presentado ante la 92.^a reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo (2004), se ha insistido en que el principio fundamental de la libertad sindical y de asociación y del derecho a la negociación colectiva es expresión de la dignidad humana y permite defender no sólo intereses económicos sino también libertades civiles, como el derecho a la vida, a la seguridad, la integridad, la libertad personal y colectiva, y es una garantía a efectos de la protección contra la discriminación, siendo un componente y elemento clave de la democracia,⁴⁷ y se destaca la importancia que tiene la sindicación de los trabajadores migrantes para el reconocimiento efectivo de sus derechos y para evitar situaciones de discriminación, afirmando que «organizar y proteger a los migrantes es uno de los retos que plantean la globalización y la migración internacional a los movimientos sindicales».⁴⁸

El Convenio núm. 87 establece que el derecho de libertad sindical debe reconocerse a todos los trabajadores sin ninguna distinción, lo que incluye también a los trabajadores extranjeros.⁴⁹ Además, los convenios relativos a los trabajadores inmigrantes han tratado de asegurarles el goce de los derechos sindicales. El Convenio sobre los trabajadores migrantes, 1949 (núm. 97), establece que la igualdad de

⁴⁷ Véase *Organizarse en pos de la justicia social – Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Conferencia internacional del Trabajo, 92.^a reunión, 2004, *Informe I(B)*, pág. 1.

⁴⁸ *Ibid.*, pág. 45.

⁴⁹ Véase J. Hodges-Aerberhard, «Protección del derecho de sindicación: ¿a qué trabajadores sin ninguna distinción alude el art. 2 del Convenio núm. 87?», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 108, 1989, pág. 33 y ss.

trato debe aplicarse en lo concerniente a las organizaciones sindicales y al disfrute de las ventajas que ofrecen los convenios colectivos, y el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143), establece que la igualdad de oportunidades y de trato debe aplicarse a los «derechos sindicales», lo que, según explicita la Recomendación núm. 151, se refiere a la afiliación a las organizaciones sindicales, al ejercicio de los derechos sindicales, a la elegibilidad a cargos, incluidos los órganos de representación de los trabajadores en las empresas.

La nacionalidad no debe tener consideración alguna en el acceso al derecho de libertad sindical, incluso respecto a los inmigrantes en situación irregular⁵⁰. Lo mismo cabe decir del derecho de huelga, instrumento de autotutela y defensa de los intereses del trabajo, cuya titularidad deriva del carácter de trabajador y no de la condición de nacional.⁵¹

En general no se ha cuestionado el goce por los inmigrantes de los derechos sindicales⁵², y la aplicación de la igualdad de trato en lo concerniente a la afiliación a las organizaciones sindicales, a la actividad sindical y al disfrute de las ventajas que ofrecen los convenios colectivos,⁵³ aunque ciertos países hayan establecido restricciones para desempeñar cargos sindicales en razón de la nacionalidad⁵⁴ o condiciones específicas de residencia para esa elegibilidad.⁵⁵

⁵⁰ El Comité de Libertad Sindical ha considerado que la legislación española que deniega los derechos sindicales a los extranjeros sin regular, distinguiendo al respecto entre inmigrantes legales e ilegales, no estaba en conformidad con el Convenio núm. 87. El artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familias incluye expresamente a los inmigrantes irregulares.

⁵¹ Dado el peligro de que conductas en el curso de las huelgas se consideren actos contrarios al orden público es importante la protección del derecho de huelga de los inmigrantes. Según la Comisión de Expertos de la OIT, en relación con el ejercicio del derecho de huelga no cabe olvidar las amplias facultades discrecionales de que gozan las autoridades para decidir la expulsión de los extranjeros, por lo que la forma en que son ejercidas puede constituir un obstáculo concreto para el ejercicio del derecho, sobre todo porque sobre la base de represión de actividades que presuntamente afectan a la paz social, la seguridad nacional o el orden público, puede amenazarse gravemente el ejercicio de los derechos sindicales; véase *Trabajadores migrantes, op. cit., supra* nota 22, pág. 196).

⁵² Sin embargo la Comisión de Expertos de la OIT ha demostrado su preocupación por el hecho de que las legislaciones de algunos países establezcan restricciones de mayor o menor importancia vinculadas a la nacionalidad respecto al derecho de libertad sindical. Véase *Trabajadores migrantes, op. cit., supra* nota 22, pág. 192 y ss. Por su parte, en los Informes globales sobre la Declaración, de 2000 *Su voz en el trabajo*, y 2004 *Organizarse en pos de la justicia social*, se ha señalado que los trabajadores migrantes «son unos de los grupos a los que a menudo se deniega en derecho de organización en la legislación o en la práctica. Inclusive en los casos en que no existen obstáculos jurídicos, los trabajadores migrantes se enfrentan a dificultades especiales, entre otras cosas, por desconocimiento de sus derechos y temor a tener problemas con su empleadores y la policía; véase *Organizarse en pos de la justicia social, op. cit., supra* nota 47, pág. 45.

⁵³ Véase artículo 6 Convenio 97 y artículo 10 Convenio 143.

⁵⁴ Por ejemplo, Austria y Luxemburgo admiten un tercio de extranjeros como máximo en la dirección sindical.

⁵⁵ Según la Comisión de Expertos el objetivo sigue siendo la supresión de toda condición de residencia, sin ninguna distinción fundada en la nacionalidad a favor de los trabajadores que residen legalmente en el territorio de un Estado; véase *Trabajadores migrantes, op. cit., supra* nota 22, pág. 193 y ss.

El acceso del inmigrante a los derechos sindicales es una premisa indispensable para poder asegurarle una defensa efectiva de sus derechos laborales, también a los inmigrantes ilegales, pues el que puedan defender colectivamente sus derechos e intereses frente a quienes les explotan es un elemento que evitará abusos, hará menos rentable la contratación ilegal de migrantes y puede favorecer a través de sus organizaciones el control de los flujos migratorios.⁵⁶

VI. Seguridad Social y migración

Para la protección de los derechos de los trabajadores migrantes también resulta especialmente pertinente la aplicación de los numerosos convenios de la OIT relativos a la Seguridad Social.⁵⁷ Hoy se está considerando también el acceso a la Seguridad Social como un derecho de la persona, sin embargo, como derecho de prestación, requiere una actuación positiva de los poderes públicos⁵⁸ y la aportación de recursos económicos de los Estados. Ello puede explicar la originaria resistencia de los Estados a reconocer a los extranjeros una plena protección por el sistema nacional de Seguridad Social, o a condicionar el acceso a la condición de reciprocidad, criterio que ha estado en la base de los tratados bilaterales en los que los Estados parte perseguían la protección de sus inmigrantes nacionales.

En la medida en que los seguros sociales, y luego los sistemas de Seguridad Social, se han configurado desde una base profesional y contributiva y en conexión con la condición de trabajador, la inclusión en el régimen de protección social de los trabajadores migrantes ha derivado del sometimiento de su contrato de trabajo a la ley interna, aplicándose extensivamente la regla de la territorialidad también a la legislación de Seguridad Social. Las personas empleadas en el territorio de un Estado sometidas a la *lex loci laboris*,⁵⁹ estarán por ello cubiertas por la legislación de Seguridad Social del lugar donde ejercen su actividad laboral o profesional, coincidiendo, generalmente, la ley de afiliación (y cotización) y la ley de protección.⁶⁰

⁵⁶ Véase desde la perspectiva sindical, «Proteger a los menos protegidos: los derechos de los trabajadores migrantes y el papel de los sindicatos», Ginebra, 1996.

⁵⁷ Véase *Repertoire des instruments internationaux de sécurité sociale*, OIT, 4.ª ed., Ginebra, 2000.

⁵⁸ Véase M. Voirin, «La sécurité sociale des migrants et les droits de l'homme», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1968, pag. 721 y ss.

⁵⁹ Que puede tener excepciones para determinadas categorías de trabajadores, que, en general, coinciden con supuestos no calificables como de inmigración en sentido propio (trabajadores desplazados, de transportes internacionales, pluriactividad internacional, gente de mar, etc.) en los que el vínculo laboral con una empresa extranjera mantiene la sujeción del contrato a una legislación extranjera.

⁶⁰ «Atiende (en los sistemas profesionalistas) los intereses más cercanos de los individuos y sobre todo a los contenidos habituales de las legislaciones de Seguridad Social que incluyen en sus

Además, los sistemas de Seguridad Social se constituyen cada vez más como un servicio público, que cubre contingencias sociales relevantes producidas en su territorio y, por ello, su regulación está inspirada en el principio de territorialidad, lo que implica su aplicación al margen de la nacionalidad del «asegurado» social.⁶¹

Los Convenios de la OIT han cumplido a este respecto un doble papel. Por un lado, los numerosos convenios sobre la Seguridad Social, y en particular el Convenio sobre la Seguridad Social (norma mínima) 1952, núm. 102, en su artículo 68, aplicable a todas las ramas de la Seguridad Social cubiertas por el convenio, establece que «los residentes no nacionales deberán tener los mismos derechos que los residentes nacionales».⁶²

El artículo 6, párrafo 1 b) del Convenio sobre trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97) obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en el territorio un trato no menos favorable que el que se aplica a los propios nacionales en relación con la Seguridad Social, a reserva de acuerdos apropiados para la conservación de los derechos adquiridos y los derechos en curso de adquisición y disposiciones especiales sobre las prestaciones o fracciones de prestación pagaderas exclusivamente con los fondos públicos y sobre las asignaciones pagadas a personas que no reúnan las condiciones de cotización exigidas para la atribución de una pensión normal.

Otros Convenios han tratado de forma implícita de asegurar la protección social de los trabajadores migrantes, en cuanto que no excluyen de su ámbito a los trabajadores extranjeros, o los incluyen expresamente, como el Convenio núm. 183 sobre la protección de la maternidad.⁶³

Junto a ello, se ha adoptado un instrumento específico relativo a la igualdad de trato (Seguridad Social), 1962, núm. 118, que trata específicamente de la situa-

sistemas a todos los que están trabajando en su territorio»; véase I. García Rodríguez, *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, Madrid 1991, pág. 108 y ss. Esa regla de territorialidad, y la aplicación al trabajador migrante evita que el trabajador extranjero no esté sujeto a ninguna legislación de Seguridad Social o que pueda estarlo al mismo tiempo a legislaciones de diferentes Estados.

⁶¹ Ello supone una colisión con la regla de reserva a los nacionales de la protección social y la exigencia de reciprocidad para su apertura a los extranjeros. Como afirma Alvarez Cortés los Estados definen de forma soberana el campo de aplicación de sus leyes de Seguridad Social, pero por regla general, el criterio mantenido para determinar la legislación aplicable es el lugar en el que se realiza la actividad profesional, la «lex loci laboris», debido al carácter de normas de derecho público de las de Seguridad Social y al carácter predominantemente contributivo del sistema; véase *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Madrid, 2001, pág. 75 y ss.

⁶² Aunque prevé la posibilidad de disposiciones especiales para las prestaciones financiadas exclusiva o de manera preponderante con fondos públicos y permite condicionar la igualdad de trato a que el Estado de origen haya ratificado la parte correspondiente del Convenio, en cuyo caso la protección puede depender de la existencia de un acuerdo bilateral o multilateral que prevea la reciprocidad.

⁶³ También el Convenio sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, núm. 121 (art. 27), el Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad núm. 130 (art. 32), o el Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, núm. 168 (art. 6).

ción de los trabajadores migrantes en materia de Seguridad Social,⁶⁴ y en el que los Estados se obligan a conceder a los nacionales de todo Estado miembro que haya ratificado dicho Convenio, la igualdad de trato respecto a sus propios nacionales, tanto en los requisitos de admisión como en el derecho a las prestaciones.⁶⁵ Este Convenio trata, además, de fomentar el establecimiento del sistema de conservación de derechos adquiridos y en curso de adquisición que son el objeto de las reglas internacionales de coordinación de las legislaciones nacionales de Seguridad Social favorecen la protección social de los trabajadores migrantes y les evitan perjuicios y pérdidas de derechos por el hecho de desplazarse a otro país para trabajar.⁶⁶

Del conjunto de instrumentos internacionales, sobre coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social, cabe deducir una serie de principios comunes tendentes a asegurar que los inmigrantes que se encuentren en un país se beneficien en igualdad con los nacionales de los derechos de Seguridad Social,⁶⁷ y que conserven los derechos adquiridos y en curso de adquisición una vez que abandonan el país⁶⁸ así como que puedan exportar las prestaciones correspondientes. Se trata de asegurar que los trabajadores migrantes no resulten perjudicados en su «carrera» de Seguridad Social por su desplazamiento a otro país, y de permitirles adquirir el derecho a prestaciones plenas, y, en su caso, la «exportación» de sus derechos en cuanto al cobro de las prestaciones fuera del país de empleo. La regla de la territorialidad de Seguridad Social debe ser completada por otras reglas, en las que la nacionalidad del trabajador o el posterior lugar de residencia puedan ser tenidos en cuenta.⁶⁹

El llamado Derecho Internacional de la Seguridad Social ha venido a resolver este tipo de problemas que se derivan no tanto del hecho del trabajo

⁶⁴ Véase *La norma mínima de seguridad social – Conclusiones relativas al Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 45.ª reunión, 1961.

⁶⁵ Sobre este Convenio, véase *Igualdad de trato (seguridad social) – Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962 (núm. 118)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 63.ª reunión, 1977, *Informe III (Parte 4B)*.

⁶⁶ «Al incluir disposiciones sobre la conservación de derechos en el Convenio núm. 118, la Conferencia ha demostrado la importancia que le otorga a la igualdad de trato, posición que será reafirmada mediante la adopción del Convenio núm. 157»; véase G. Lopez Morales, R. Silva y A. Egorov, «Seguridad Social», en *Las normas internacionales del trabajo, op. cit., supra* nota 30, pág. 524.

⁶⁷ Progresivamente los convenios de Seguridad Social están perdiendo esa visión sinalagmática y está siendo sustituido el régimen de reciprocidad por la aplicación del principio de igualdad de trato, que supone la equiparación a los nacionales del país de acogida, al margen de las matizaciones o restricciones específicas que pueda tener ese principio; véase Alvarez Cortés, *op. cit., supra* nota 61, pág. 40 y ss.

⁶⁸ Con la posibilidad en su caso de poder totalizar los períodos de aseguramiento o afiliación cumplidos en otras legislaciones.

⁶⁹ A los trabajadores migrantes no les bastaría el someterse a la Seguridad Social del país al que se han desplazado para trabajar, necesitan medidas adicionales para garantizarles la obtención y el mantenimiento de sus derechos en la Seguridad Social, sobre todo a su salida del país o en el caso de prestaciones sociales no inmediatas también por la posible falta de coincidencia del momento y lugar de trabajo y afiliación y del momento y lugar en que se tiene derecho a la prestación o la diferencia entre causante y el beneficiario de la prestación.

del inmigrante en un país extranjero sino de la movilidad personal que ello supone. Ello ha dado lugar a una serie de acuerdos bilaterales⁷⁰ y multilaterales, universales o regionales en materia de Seguridad Social, en los que ha tenido un papel relevante la OIT. En el seno de ella se adoptó en 1935 el Convenio sobre la conservación de los derechos de pensión de migrantes, núm. 48, que, como su nombre indica, se limitaba a las pensiones de invalidez, vejez y supervivencia, pero que en su momento tuvo una influencia decisiva en la configuración de un régimen internacional bilateral o regional.

Más recientemente el Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social, 1982, núm. 157, ha tratado de ampliar y desarrollar la «coordinación flexible y amplia de los regímenes de Seguridad Social nacionales»,⁷¹ aplicándose a todas las ramas de la Seguridad Social, regímenes generales y especiales, salvo funcionarios públicos, contributivos o no y previendo la conservación de los derechos, incluso de adquisición, mediante la posible exportación de los derechos, previendo, además, la ayuda administrativa y la asistencia a las personas protegidas. Pese a lo ambicioso de este Convenio, hasta el momento ha sido objeto de muy escasas ratificaciones.

En suma, también en materia de protección social los instrumentos normativos de la Organización Internacional del Trabajo permiten asegurar de forma directa o indirecta el reconocimiento de los derechos de los trabajadores migrantes a la protección y Seguridad Social.

La legislación internacional laboral y de Seguridad Social puede así entenderse también legislación «para la inmigración», en cuanto trata de asegurar la igualdad salarial y en las condiciones de trabajo, la apertura a los derechos colectivos y a los instrumentos de autotutela y la protección social y asistencia sanitaria de los inmigrantes y sus familias, siendo un elemento fundamental para garantizar los derechos de los inmigrantes y favorecer su integración social. El nivel de protección asegurado depende en buena parte del número de ratificaciones de los respectivos convenios, y a este respecto la situación está lejos de ser satisfactoria, muy en particular en relación con los Convenios núms. 97, 143 y 118, de modo que la promoción de la ratificación de esos convenios debería ser un objetivo prioritario.

⁷⁰ Los acuerdos bilaterales han tenido en esta cuestión una considerable importancia y tienen la ventaja de referirse a problemas específicos que se derivan de la diversidad de partida de los distintos ordenamientos. Estos acuerdos originariamente han tendido a proteger no tanto a los inmigrantes sino a los emigrantes del propio país, en un sentido bilateral de contrapartidas basadas en un primer momento en el principio de reciprocidad (se conceden ventajas a los inmigrantes en la medida que se obtienen ventajas para los emigrantes) sea aplicado el criterio de reciprocidad prestación a prestación, o con carácter genérico. Sobre «el equilibrio del pacto» y el que las concesiones que se hagan a los inmigrantes sean contrapartidas para obtener una mejora de las condiciones de protección de los propios nacionales propios en otro país, véase B. Gonzalo Gonzalez y Gonzalez Sancho Lopez, *Consideraciones en torno a la interpretación y aplicación de los convenios internacionales de Seguridad Social*, Madrid, 1975, pág. 51 y ss.

⁷¹ Véase Nicolas Valticos, *Droit international du travail*, 2.^a ed., París, 1983, par. 561.

VII. El nuevo enfoque regulador de la migración

Además de esta importante tarea normativa, la Organización Internacional del Trabajo ha venido diseñando a lo largo de los años un compendio de medidas sugeridas a los Estados para promover la protección social de los inmigrantes que incluye «iniciativas organizacionales» de carácter voluntario, como planes de igualdad de oportunidades, objetivos de igualdad en el empleo, medidas para mejorar la cualificación, eliminación de barreras arbitrarias, medidas de acomodación al empleo, etc., medidas colectivas adoptadas por sindicatos, organizaciones empresariales y organizaciones no gubernamentales, incluyendo convenios colectivos, medidas legales y jurídicas, de contenido constitucional, civil, laboral y procesal; regulaciones prácticas y medidas administrativas y asesoramiento técnico, formación, incentivos, acción afirmativa y positiva, códigos de prácticas; medidas de acción política educativa de sensibilización a los líderes políticos y a los medios de comunicación, y campañas de educación.⁷²

Las conclusiones a las que ha llegado la 92.^a Conferencia Internacional del Trabajo se mueven en buena parte en esa línea de estudios para mejor conocimiento de la situación real de la inmigración, y para la valoración de políticas nacionales, de sugerencias y medidas de promoción de una labor de concienciación de la problemática y de fomento de un diálogo social en materia de inmigración en el plano nacional e internacional, que hasta ahora no había cumplido un papel significativo.

La creación de capacidades y habilidades es un elemento indispensable para la prestación y asistencia técnica en la elaboración de las políticas nacionales de migración y en la revisión y actuación de las respectivas legislaciones y acuerdos en materia migratoria para permitir un mayor control y supervisión y una ordenación más racional que tenga en cuenta de forma equilibrada los intereses de los países de salida y de destino, a fin de que la migración pueda contribuir también al desarrollo, mediante políticas que otorguen prioridad al crecimiento económico y al empleo y promociónen migraciones laborales regulares.

La Conferencia no se ha limitado a sugerir esta labor de estudio y de promoción de nuevos enfoques nacionales para la mejora de la situación de los trabajadores migrantes, sino que, además, ha adoptado un peculiar enfoque «regulador».

Por un lado, en el Plan de acción para los trabajadores migrantes se hace referencia a la «identificación de las medidas útiles que deberían adoptarse para una ampliación de las normas internacionales del trabajo y otros instrumentos pertinentes», adoptando «medidas adecuadas para promover mejor la ratificación

⁷² Véase P.A. Taran, *Approaches to promote equality: a compendium of measures*, OIT, Ginebra, 2000.

de los Convenios núms. 97 y 143 y la aplicación de los principios que contienen sobre la protección de los trabajadores migrantes» (que devienen así convenios actualizados), así como otras normas pertinentes para esos trabajadores, como los convenios fundamentales y «las normas de la OIT sobre agencias de empleo privadas, Seguridad Social, protección de salarios, inspección de trabajo y seguridad y salud en el trabajo».⁷³

Se estima que las normas actuales de la OIT, sin necesidad de ser modificadas ni completadas, pueden cumplir un mejor y más importante papel en la protección de los trabajadores migrantes, también respecto a los trabajadores migrantes en situación irregular cuyos problemas en buena parte son consecuencia de la falta de realismo de la normativa de acceso a la regularización.⁷⁴

En la inmigración irregular el trabajador es fundamentalmente una víctima, no sólo frente al tráfico ilícito de mano de obra, sino también frente a posibles abusos y «a la explotación por parte de empleadores poco escrupulosos», y en este punto es la ausencia de derechos la que «propicia toda clase de abusos»,⁷⁵ que deben ser en todo caso evitados y corregidos, también para evitar que la desprotección de los trabajadores se convierta en un incentivo para su contratación.⁷⁶ La lucha contra la inmigración ilegal no puede dejar fuera la

⁷³ Núms. 21 y 27 de las Conclusiones.

⁷⁴ Es evidente el contraste entre las políticas nacionales o regionales restrictivas de la inmigración y las fuertes presiones a la emigración de determinados países que genera movimientos crecientes de migraciones clandestinas y de tráfico de mano de obra sin que exista un margen real de elección en el inmigrante ni sobre su condición de tal (pues la decisión de emigrar se ve impuesta en muchos casos por las circunstancias), ni sobre la legalidad de la permanencia o la burla de una legalidad que le cierra las puertas, dadas las dificultades de obtener la autorización de residencia y el permiso de trabajo lo que les puede arrojar a una situación indefectible de irregularidad. Desde la Comisión Europea se está animando a los Estados a poner «a disposición de los trabajadores inmigrantes vías para la inmigración legal a la Unión» reconociendo que no se deben imponer artificialmente obstáculos a la inmigración si ésta es una realidad que viene impuesta por las circunstancias, en particular por las propias exigencias del mercado de trabajo. Ha sugerido no sólo una política más abierta y transparente sobre los movimientos migratorios, sino también la apertura de instrumentos de admisión legal para contribuir a reducir una inmigración irregular, en buena parte originada por políticas irreales y excesivamente rigurosas de gestión de la inmigración; véase «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de migración», *op. cit., supra* nota 20.

⁷⁵ Véase *Trabajadores migrantes, op. cit., supra* nota 22, pág. 149 y ss. La creciente inmigración irregular no puede resolverse meramente acentuando las medidas de policía y los mecanismos de control y de represión, también por la difícil viabilidad de la expulsión masiva de los inmigrantes irregulares y su familia, en buena parte inefectivos, también los que se refieren a las sanciones e infracción en el orden social.

⁷⁶ La razón fundamental para el empleo de inmigrantes irregulares por los empresarios sigue siendo el menor coste y la mayor disponibilidad que ello implica. Existe un empleo «dirty, dangerous, and difficult» escasamente pagado para los inmigrantes en situación irregular cuyos empleos rechazan los trabajadores nacionales y los inmigrantes en situación regular; véase Stalker, *op. cit., supra* nota 2, pág. 233. La relación entre inmigración y en particular entre inmigración ilegal y economía sumergida es un hecho que explica en buena parte la dimensión creciente de la inmigración irregular. El mundo sumergido del trabajo irregular es el ámbito por excelencia en que los inmigrantes responden con eficacia a las exigencias cambiantes de los sistemas productivos.

lucha contra la explotación económica de los inmigrantes en situación irregular,⁷⁷ evitando que la negación de los derechos de la persona que trabaja en una situación formalmente irregular, favorezca el uso de inmigrantes irregulares como la práctica viene demostrando.

La OIT, aunque carezca de competencias reguladoras sobre la regularización de las condiciones de inmigración, tiene autoridad moral, también por su composición tripartita que favorece un diálogo social constructivo, para influir sobre las políticas de migración que deben tener en cuenta las necesidades reales y la situación de necesidad del mercado de trabajo interno, y es competente para ocuparse de la situación de los trabajadores extranjeros en situación irregular que son los trabajadores «menos protegidos».

La inmigración irregular existe como hecho indefectible y desde la propia OIT se ha afirmado que «la protección de los trabajadores migrantes, la lucha contra la migración clandestina y el empleo ilegal, en un marco que garantice al mismo tiempo los derechos humanos, no es fácil en la práctica».⁷⁸ La normativa internacional de derechos humanos está contribuyendo a que el estatuto de los inmigrantes irregulares vaya mejorando progresivamente en los distintos países, también en lo que se refiere a la protección en las relaciones laborales y en asegurarles suficientes garantías legales.⁷⁹

El Convenio núm. 143 dedica su primera parte a las migraciones en condiciones abusivas, por un lado impone adoptar medidas tendentes a suprimir las migraciones clandestinas, evitar el tráfico de mano de obra y el empleo ilegal de trabajadores migrantes, pero, al mismo tiempo, aunque en los artículos 8 y 9 se establezca la condición de residencia legal para lo no pérdida de empleo o para las garantías de seguridad en el empleo, obliga, en todo caso, a respetar los derechos humanos fundamentales de «todos los trabajadores migrantes» y a que los Estados donde se encuentren trabajadores migrantes empleados ilegalmente, no se vean sometidos en su empleo a condiciones que infrinjan los instrumentos internacionales o la legislación nacional, adoptando las medidas necesarias y convenientes para evitar y suprimir los abusos.⁸⁰

Es importante destacar que la 92.^a Conferencia Internacional del Trabajo ha recordado «que los instrumentos de la OIT son aplicables a todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes irregulares, a menos que se indique

⁷⁷ Véase *Estudio sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal*, «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones» (COM/2004/0412 final).

⁷⁸ Véase *Trabajadores migrantes*, *op. cit.*, *supra* nota 22, pág. 155.

⁷⁹ Véase N. Abadan-Unat, «Resumen de los resultados del Congreso sobre el Futuro de las Migraciones», en *Informes OCDE: El futuro de las Migraciones*, pág. 35.

⁸⁰ Más tajante a este respecto es la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares de Naciones Unidas, cuya parte tercera reconoce a todos los trabajadores migrantes, documentados o no documentados, los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que reconoce.

lo contrario», y que debe garantizarse la protección efectiva de los derechos humanos y laborales fundamentales de los trabajadores migrantes irregulares y evitar que sean objeto de explotación y de trato arbitrario.⁸¹

Junto a esta llamada al papel que corresponde a las normas de la OIT en la protección de los trabajadores migrantes, la 92.^a Conferencia Internacional del Trabajo, dentro del Plan de Acción de la OIT para los trabajadores migrantes, se ha referido también a otro instrumento regulatorio. La más significativa e innovadora de las conclusiones adoptadas por la Conferencia posiblemente sea la previsión del establecimiento de un «marco multilateral no vinculante» para los trabajadores migrantes, a someter al Consejo de Administración en noviembre de 2005. Esa decisión supone prescindir de las tradicionales normas internacionales vinculantes («core standards»), e incluso del instrumento formal más flexible de las Recomendaciones y adoptar fórmulas de «soft law» no legalmente vinculantes, de derecho promocional o «voluntario», que están adquiriendo un relevante papel en las relaciones laborales ante el fenómeno de la renacionalización de los Derechos de Trabajo, que caracteriza a la era de globalización y que también está dificultando nuevos progresos en la actividad normativa tradicional de la OIT.⁸²

Ese marco multilateral no obligatorio tratará de establecer unos principios⁸³ para abordar una gestión de la migración laboral basada en los derechos que respete la soberanía nacional de los Estados en materia de políticas de migración, pero que desde la experiencia de buenas prácticas, de las normas internacionales del trabajo pertinentes y de la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, permita establecer un «marco» que contenga «directrices internacionales sobre prácticas óptimas» destinadas a los responsables nacionales de la formulación de políticas migratorias.⁸⁴ De este modo, como ya ha ocurrido con la Declaración, las reglas o normas contenidas en los convenios configuran principios generales que inspirarán el contenido de esas directrices que configuran el nuevo marco «no vinculante» desde el que la OIT tratará de reconducir el «movimiento transfronterizo de personas».

A través de esas directrices se persigue ampliar las vías para la migración regular y, al mismo tiempo, combatir la migración irregular; se busca promover

⁸¹ Conclusión núm. 28.

⁸² Esta fórmula de adopción de normas no vinculantes, tiene como precedente en la OIT la Declaración Tripartita de 1978 sobre Empresas Multinacionales; véase R. Blanpain y M. Colucci, «The Globalisation of Labor Standards. The Soft Law Track», *Bulletin of Comparative Labour Relations*, vol. 52, 2004, pág. 43 y 119 y ss.

⁸³ Se habla de un «compromiso equitativo» que pretende establecer «un marco de principios de buena gobernanza establecidos y aplicados por la comunidad internacional que sean aceptables para todos y adecuados para una acción de cooperación multilateral» (véase *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, op. cit., supra nota 4, pág. 155).

⁸⁴ El Director General, en su intervención final en la 92.^a Conferencia, ha afirmado que «este acuerdo tripartito entre los gobiernos y los interlocutores sociales sobre tantas cuestiones importantes relacionadas con la gestión de la migración es verdaderamente histórico».

acuerdos bilaterales y multilaterales entre los Estados de salida y entrada afectados; se propone supervisar el reclutamiento y contratación de la mano de obra para que sea justa y equitativa, gestionando la migración de forma que sea beneficiosa para todos. También se plantea reducir el costo de las remesas y promover su utilización en inversiones productivas, facilitar la conservación y transferencia de los derechos en materia de Seguridad Social, posibilitar la acreditación y el reconocimiento de las cualificaciones profesionales a fin de mejorar la empleabilidad y de garantizar una oferta adecuada de calificaciones. En general, esas directrices tienen por objeto proteger los derechos humanos y laborales de los trabajadores migrantes, promoviendo la integración e inclusión social en los países de destino de los trabajadores migrantes.⁸⁵

Los principios, valores y derechos de protección de tutela del trabajo, que son la razón de ser de la OIT, están en juego y puestos en peligro por la situación actual de la migración laboral. Por ello no es posible una separación radical entre las reglas nacionales de gobierno de la migración y las reglas laborales a que se someten los trabajadores migrantes que han de inspirarse en los objetivos de ciudadanía social que la OIT representa, para evitar que el trabajo sea tratado como una mercancía y para lograr la tutela de los derechos y la protección e integración social de los inmigrantes. Es de esperar que las «directrices» que se incluyan en el previsto «marco multilateral no vinculante» contribuyan a una mejora sensible de la situación jurídica, social y económica de los millones de migrantes que hoy se desplazan de sus propios países, y también que permitan reforzar la aplicación a los trabajadores migrantes de las normas internacionales del trabajo y de los derechos que las mismas les aseguran.

⁸⁵ Véase núms. 23 a 25 de las Conclusiones.

Normes internationales du travail et responsabilité sociale des entreprises

Jean-Michel Servais*

I. Introduction

Considérer comme une priorité d'offrir à son personnel de bonnes conditions d'emploi ne constitue assurément pas une politique novatrice pour un chef d'entreprise. Les exemples foisonnent. Ils remontent même aux premiers temps de la révolution industrielle, avec un Daniel le Grand en France ou un Charles Hindley en Grande-Bretagne.¹ Toujours cependant l'on a plus fortement souligné leur action sociale dans des périodes d'incertitude sur la capacité des Etats, et de leurs instruments juridiques, à protéger adéquatement l'homme ou la femme au travail.

L'internationalisation accélérée des échanges économiques – la mondialisation – a de nouveau accru aujourd'hui l'importance de ces pratiques, notamment (mais pas uniquement) des politiques sociales adoptées par des firmes dont les opérations couvrent plus d'un pays. Le rôle plus en retrait des pouvoirs publics a certainement encouragé aussi syndicats et autres organisations non gouvernementales (ONG) à insister sur la responsabilité sociale des entreprises, leur demandant de rendre compte de leur gestion de ce point de vue, c'est-à-dire des conséquences de leurs activités sur la qualité de vie à la fois de leur personnel et des communautés locales dans lesquelles elles se sont installées. Une abondante littérature existe d'ailleurs sur les formes actuelles de ce phénomène.²

* Directeur.

¹ Voir J.M. Servais, «International Labour Organization» dans R. Blanpain (ed.), *International Encyclopaedia of Law*, Kluwer, The Hague, 1996, paragr. 2-9.

² Voir par exemple R. Blanpain (ed.), *Multinational Enterprises and the Social Challenges of the Century*, Kluwer, The Hague, 2001; B. Hepple, «A race to the top? International investment guidelines and corporate codes of conduct», *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 20, 1999, pp. 347-363; A. Sobczak, *Réseaux de sociétés et codes de conduite – Un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, Paris, LGDJ, 2002; N. Rogosky et E. Sims, *Corporate success through people: Making international labour standards work for you*, BIT, 2002. Voir aussi J. Visser, «From Keynesierism to the Third Way: Labour Relations and Social Policy in Postwar Western Europe», *Economic and Industrial Democracy*, vol. 21, 2000, pp. 421-456.

La responsabilité entrepreneuriale se fonde sur des bases éthiques et sociales incontestables, sur le souci des «managers» de respecter des règles civiques dans leurs relations avec leur personnel, le voisinage et les autorités locales. Elle s'appuie aussi sur la constatation que de bonnes conditions d'emploi stimulent le rendement. Elle correspond enfin à la volonté d'offrir une bonne image de marque, c'est-à-dire de conserver une réputation qui ne soit pas entachée par des méthodes de gestion qui soulèvent la réprobation; celles-ci risqueraient même, l'expérience l'a démontré, de provoquer des campagnes de presse, des boycottages à l'initiative de syndicats, d'associations de consommateurs ou d'autres groupes non gouvernementaux.

On ne trouve pas de définition de la responsabilité sociale de l'entreprise qui fasse l'unanimité. On admet toutefois communément que l'expression s'applique à des pratiques très variées qu'adoptent volontairement des firmes privées et qui vont au-delà des normes légales auxquelles elles sont tenues. Elles portent sur le rejet des méthodes financières condamnables (corruption), sur le respect des droits de l'homme, l'intégration au sein des communautés locales, ou la préservation de l'environnement autant que sur la gestion du personnel, des conditions de travail et des relations professionnelles.³ C'est néanmoins à ces dernières questions que nous nous intéresserons ici.

Certaines firmes se sont ainsi engagées à respecter des normes de travail minimales dans les contrats de nature privée qu'elles ont conclus avec leurs fournisseurs, leurs sous-traitants, leurs concessionnaires ou leurs clients; plus souvent – mais une voie n'exclut pas l'autre – elles l'ont fait à l'intérieur de l'entreprise ou du groupe, dans des documents venus s'ajouter, à ce niveau, au règlement d'établissement. Ces mesures ont souvent reçu l'appellation générique de «codes de conduite» (II). Les entreprises ont également pu obtenir une espèce de certificat d'honorabilité sociale de la part d'une autorité extérieure à l'entreprise (III). Les deux types d'initiatives peuvent d'ailleurs se recouper. Il faudra évoquer enfin le rôle joué par des institutions internationales et quelques gouvernements dans la promotion de ces mesures (IV).

³ Voir GB.288/WP/SDG/3, nov. 2003, paragr. 2 et 3.

II. Les codes de conduite d'entreprises

Ces codes contiennent les engagements que prennent des entreprises volontairement, c'est-à-dire sans y être contraintes juridiquement. Ces derniers peuvent prendre la forme d'une convention collective signée avec un syndicat; s'agissant des multinationales, leur régime s'analyse alors en fonction de la loi applicable, question de droit international privé, voire de droit européen (comme dans le cas du code de conduite conclu le 7 février 2003 par les entrepreneurs et les syndicats de l'industrie du sucre). Ils peuvent être conclus avec d'autres ONG ou, fréquemment, s'analyser comme des actes unilatéraux (avec la valeur juridique qui peut être reconnue à de tels engagements), des déclarations publiques ou des ajouts au règlement d'entreprise. Chaque fois encore, il faudra déterminer le droit applicable, réglementation sur les règlements intérieurs, sur le régime des entreprises, le droit des contrats ou celui de la responsabilité civile délictuelle. Par ailleurs, une responsabilité juridique peut incomber à l'employeur préalablement au document en question comme en matière de nuisances au voisinage, voire même de santé dans l'emploi ou de discrimination dans le travail. Le code de conduite vient alors mettre en œuvre une obligation légale préexistante.

Certains codes, on l'a dit, ne concernent que les activités d'une seule entreprise soit dans son pays, soit à l'étranger. D'autres s'étendent aux partenaires commerciaux, spécialement les fournisseurs et les sous-traitants, comme c'est souvent le cas dans des secteurs tels que le vêtement, les textiles, la chaussure, l'agriculture ou l'agroalimentaire. En revanche, dans d'autres branches d'activité comme l'ingénierie mécanique ou électrique, les mines, la chimie, la métallurgie ou la finance, ces documents se focalisent surtout sur les opérations de l'entreprise elle-même et de ses partenaires financiers. Un document récent du BIT souligne l'importance de la distinction: beaucoup de ces documents adoptés à l'initiative de plusieurs parties prenantes ne traitent que des rapports avec les fournisseurs et les sous-traitants; l'essentiel des débats sur le contrôle des pratiques de travail s'est concentré sur ce type d'initiatives. Le point de savoir si les codes régissant les chaînes d'approvisionnement apportent un mode de régulation entièrement nouveau ou cherchent seulement à affermir le respect de dispositions nationales et internationales en vigueur n'apparaît pas toujours clairement dans leur formulation.⁴

Le BIT a établi une base de données appelée BASI («Business and social initiatives database») qui contient aujourd'hui des renseignements sur quelque 300 initiatives de ce genre.⁵ Leur analyse permet de différencier les codes «opérationnels» des «codes types» publiés par des associations d'entreprises,

⁴ *Ibid.*, paragr. 5.

⁵ Voir www.ilo.org/basi

des syndicats, des ONG et l'Etat, soit ensemble, soit séparément: ceux-là ne s'appliquent pas en tant que tels, mais servent aux compagnies nationales ou internationales à mettre au point leurs propres codes.⁶

1. Codes types et normes de gestion

C'est dans cette catégorie que l'on classera les «normes» de gestion («management framework») rédigées par différents types de groupement. D'une manière générale, celles-ci encouragent les entreprises à adopter des méthodes de gestion propres à évaluer leurs activités au regard de leur responsabilité sociale. Les recherches entreprises à l'OIT en distinguent deux types.⁷ Les premières sont promues, de manière autonome, par des ONG, des autorités publiques ou des consultants. Elles visent à matérialiser l'engagement social des diverses parties prenantes aux côtés de l'entreprise; elles créent un cadre susceptible de les aider à en assurer le suivi, en fixant des objectifs, en identifiant des indicateurs, et en suggérant des procédures de rapport garantissant l'efficacité du système.

Les secondes se rapprochent du modèle ISO que l'on rencontre en matière de normes de qualité et d'environnement (ISO 9000 et 14000). La plus connue est sans doute la norme ISO 8000. Elle s'inspire de la norme ISO 9000 et de ses techniques d'audit: elle précise les mesures préventives et correctives à prendre, elle favorise les améliorations continues, elle se concentre sur les systèmes de gestion et de documentation qui démontrent l'efficacité des méthodes retenues. Le rendement modèle mis au point dans le cadre du «Pacte mondial» («Global compact») des Nations Unies constitue un exemple de cette approche. L'ISO elle-même a créé un groupe plurilatéral de consultation sur l'opportunité et les possibilités de développer une norme sur la responsabilité sociale des entreprises; l'OIT, l'Organisation internationale des employeurs (OIE) et la Confédération internationale des syndicats libres (CISL) participent à ses travaux qui ont débuté en janvier 2003.

L'importance de ces outils de gestion n'est pas à souligner, mais on regrettera cependant le caractère peu clair et sélectif des références aux instruments de l'OIT. Ainsi, aucune des normes étudiées par le BIT ne fait mention de la Déclaration de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail.

⁶ Voir GB.273/WP/SDL/1, 1998, paragr. 33 et suiv.

⁷ Voir GB.288/WP/SDG/3, 2003, paragr. 26-28.

2. Codes opérationnels

Les codes opérationnels contiennent de leur côté l'engagement des entreprises (et éventuellement de leurs partenaires) d'adopter une certaine conduite. Selon les informations réunies au BIT,⁸ les références aux normes fondamentales du travail (non-discrimination dans l'emploi; interdiction du travail forcé et du travail des enfants; liberté syndicale et négociation collective) y restent également peu fréquentes. Les codes et les documents d'entreprise analogues portent davantage, en matière de travail, sur des questions telles que la protection de la santé ou le calcul des salaires (en se basant, selon le cas, sur la législation nationale, les normes sectorielles ou sur une formule *sui generis*). Quand l'initiative émane de plusieurs parties prenantes (syndicats, associations industrielles ou d'entreprises, ONG), on y trouve néanmoins des références plus nombreuses à ces dispositions fondamentales.

La crédibilité des codes de conduite d'entreprise dépend de la qualité des contrôles effectués pour examiner la mise en œuvre effective des engagements pris, en l'absence surtout de certitudes quant à leur valeur juridique. On relèvera ici encore que les accords conclus entre des entreprises multinationales et des fédérations syndicales instaurent en principe des procédures de supervision. Il s'agit le plus souvent de mécanismes de concertation, de sensibilisation et de plaintes qui prolongent sur un plan global les institutions de relations professionnelles établies traditionnellement aux niveaux national et de l'entreprise.

Ces conventions collectives transnationales prévoient ainsi que les dirigeants de l'entreprise, leurs cadres supérieurs et des représentants des salariés se réunissent pour en examiner la mise en œuvre. Quelquefois, elles imposent des obligations plus spécifiques: diffuser l'accord et, le cas échéant, le traduire; mettre au point des programmes conjoints de formation, etc. Fréquemment, le contrôle du respect de leurs dispositions incombe en premier lieu aux responsables locaux de l'entreprise et des syndicats; en cas de difficultés, des procédures de règlement sont créées à un niveau plus élevé. Ces accords mentionnent généralement la convention (n° 135) concernant les représentants des travailleurs, 1971.⁹

Les codes de conduite élaborés autrement organisent aussi, de plus en plus, des mécanismes de surveillance soit internes, soit externes (les seconds pouvant d'ailleurs venir compléter les premiers). Il reste que des procédures de vérification, même menées par des organismes extérieurs à l'entreprise concernée, soulèvent des questions complexes. Elles concernent la compétence et l'indépendance d'inspecteurs provenant d'institutions privées, choisies et rémunérées par l'entreprise, ainsi que la durée et l'objet des audits. Elles portent en

⁸ Voir Codes of conduct and multinational enterprises (CD-ROM), Genève, BIT, 2001; www.ilo.org/basi

⁹ Voir GB.288/WP/SDG/3, paragr. 15-17.

outre sur le caractère plus ou moins précis et vérifiable des clauses contenues dans les codes.¹⁰

Ceux-ci apparaissent par conséquent comme d'utiles garanties au travail. Ils se sont d'ailleurs développés pour combler un vide là où le droit du travail n'était pas suffisamment élaboré ou effectivement appliqué; c'est encore le cas dans nombre d'Etats comme au niveau des relations d'emploi internationales. Ils peuvent donc contribuer, dans la mesure limitée mais très réelle de leur efficacité, à la mise en œuvre des normes de l'OIT.¹¹ Leur valeur varie toutefois sensiblement selon leur contenu, leur force obligatoire et la qualité de leur contrôle. Leur diversité constitue également une faiblesse; plus de cohérence devrait exister dans les principes qu'ils consacrent. D'autres limitations concernent le champ d'application de ces codes. Les entreprises qui les adoptent opèrent essentiellement dans les secteurs structurés, non dans l'économie informelle où travaillent un nombre considérable de personnes dans les pays en développement; voilà d'ailleurs une raison supplémentaire de chercher à étendre ces initiatives aux sous-traitants. Même dans le secteur moderne, les compagnies les plus puissantes sont les plus portées à suivre cette voie pour défendre leur image, car ils sont les plus visés par des campagnes hostiles.¹²

III. Labels et autres certificats de bonne politique sociale

1. *Labels sociaux*

Le «label social» est une manière de communiquer des informations sur les conditions sociales qui entourent la fabrication d'un produit ou la prestation de services. Il peut figurer sur le produit ou l'emballage; un détaillant peut aussi le mettre en évidence dans son magasin ou sur sa vitrine. Il s'adresse aux consommateurs ou aux partenaires commerciaux potentiels; il répond à une logique de marché.¹³

Une compagnie, l'un de ses produits ou de ses services peuvent acquérir une certaine notoriété fondée sur son code de conduite. Son nom ou

¹⁰ Voir M. Posner et J. Nolan, «Can Codes of conduct play a role in promoting workers rights?», dans R.J. Flanagan et W.B. Gould IV (eds.), *International Labor Standards – Globalization, Trade and Public Policy*, Stanford Univ. Press, 2003, pp. 208-216; O. Boiral, «Certifier la bonne conduite des entreprises: enjeux et perspectives d'avenir», *Revue internationale du Travail*, vol. 142, 2003, pp. 355 et 362-366.

¹¹ Voir *Un travail décent* – Rapport du Directeur général, Conférence internationale du Travail, 87^e session, 1999, p. 22; Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation, *Une mondialisation juste: créer des opportunités pour tous*, Genève, BIT, 2004, paragr. 550-559.

¹² Voir Flanagan et Gould, *op. cit.*, p. 10.

¹³ Voir GB.273/WP/SDL/1, paragr. 68.

sa marque constitue dans ce cas une appellation précieuse. Elle peut même en concéder une licence d'exploitation à des sous-traitants qui satisfont à des critères préétablis.¹⁴ On peut répéter pour ce type de labels ce qui vient d'être dit des codes de conduite.

D'autres labels en revanche sont mis au point et contrôlés par une institution indépendante de l'entreprise. Il peut s'agir d'une association patronale qui se porte garante du respect d'un code de conduite ou d'un programme géré par un syndicat, une ONG, un autre groupement qui certifie que la firme bénéficiaire mène une politique sociale conforme à des indicateurs choisis même en l'absence d'un code de conduite.

2. Programmes d'accréditation et de certification

Les programmes d'accréditation et de certification constituent aujourd'hui des pratiques courantes. La plupart sont gérés par une institution principale qui agréé d'autres organismes en tant qu'agences de notation. On trouve de nombreux exemples dans l'industrie légère, le textile, les secteurs du vêtement, de la chaussure et du tapis, dans l'agriculture, l'agroalimentaire et la pêche, dans l'industrie forestière, la fabrication des jouets ainsi que dans le tourisme. Ces programmes s'appuient sur des critères ou des normes à caractère privé, portant notamment sur les relations professionnelles et les conditions d'emploi. Elles peuvent faire référence aux instruments de l'OIT, y compris à la Déclaration de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail, mais de manière sélective. Les normes de travail dont le respect est le plus couramment contrôlé concernent la non-discrimination, le travail des enfants, le travail forcé, la liberté d'association et la négociation collective, le harcèlement et la conduite abusive, la sécurité et la santé au travail, les salaires et les prestations sociales, les horaires de travail.¹⁵

Les inspections et les audits sont menés par des grands cabinets internationaux d'experts-comptables et de conseil, par des bureaux de consultants de taille plus modeste, par des entreprises de contrôle de qualité, des universitaires, des syndicats ou des ONG, de pays industrialisés ou en développement; plusieurs de ceux-ci peuvent y participer conjointement. Les investigations se réalisent le plus souvent par des visites sur place, comprenant un examen des documents de l'entreprise et des entretiens avec les dirigeants, le personnel,

¹⁴ Voir J. Diller, «Responsabilité sociale et globalisation: qu'attendre des codes de conduite, des labels sociaux et des pratiques d'investissement?», *Revue internationale du Travail*, vol. 138, 1999, pp. 114 et 115.

¹⁵ Voir GB.288/WP/SDG/3, paragr. 9-13.

voire des représentants de la société civile. Quelquefois, elles comprennent des discussions conduites avec les groupes informels ainsi qu'une mesure des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs. Il reste que les méthodes de supervision adoptées apparaissent encore, dans bien des cas, à un stade très préliminaire d'élaboration.¹⁶

3. *Les rapports sociaux*

Autre initiative devenue courante dans les entreprises multinationales, et même nationales: l'établissement de rapports sur les répercussions sociales et environnementales de leurs activités. Les recherches déjà citées, menées à l'OIT, montrent que l'effectif du personnel et son évolution, et les salaires constituent les questions les plus fréquemment examinées dans ces documents; viennent ensuite la formation ainsi que l'hygiène et la sécurité. Parmi celles relatives aux droits fondamentaux au travail, la primauté revient – mais loin derrière les points déjà mentionnés – à l'égalité de chances et à la non-discrimination.¹⁷

La «Global Reporting Initiative» semble bien avoir créé le système de rapports le plus connu. Il cherche à améliorer la comparabilité et la crédibilité de ce type de documents. Des entreprises, notamment des cabinets d'experts-comptables, des organisations gouvernementales, de travailleurs, écologistes et de droits de l'homme ont participé à leur conception. L'objectif est de mettre au point des normes largement acceptées et reconnues, analogues à celles retenues pour l'élaboration des rapports financiers. Le système GRI contient des indicateurs sur les conditions de travail et l'emploi sous la rubrique «Indicateurs de performance sociale: pratiques en matière de relations industrielles et travail décent»; la référence au travail décent renvoie clairement aux travaux de l'OIT qui a, on le sait, adopté ces termes pour exprimer la synthèse de ses activités et la coordination de ses objectifs stratégiques.¹⁸ Les outils de mesure concernent l'emploi, les relations professionnelles, l'hygiène et la sécurité, la formation, la diversité et l'égalité des chances. Ils font référence à la Déclaration de principes tripartite du BIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale (adoptée par son Conseil d'administration en 1977) ainsi qu'aux Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. Le système comporte d'autres indicateurs sous le titre «Indicateurs de performance sociale: droits de l'homme». On y trouve une référence aux conventions fondamentales de l'OIT ainsi qu'à la Déclaration universelle des droits de l'homme. On s'interroge sur le choix de ces derniers instruments, plutôt que

¹⁶ *Ibid.*, paragr. 13 et 14.

¹⁷ *Ibid.*, paragr. 21 et 22.

¹⁸ Voir *Un travail décent, op. cit.*

d'autres, plus contraignants adoptés par les Nations Unies, plus précisément les deux pactes de 1966 sur les droits de l'homme. Quoi qu'il en soit, ces indicateurs portent sur la non-discrimination, la liberté d'association et la négociation collective, le travail des enfants, le travail forcé, les pratiques disciplinaires, celles en matière de sécurité, ainsi que les droits des populations locales. Mention est faite des conventions de l'OIT (n° 29) sur le travail forcé, 1930, et (n° 138) sur l'âge minimum, 1973, ainsi que des principes directeurs de l'Organisation concernant les systèmes de gestion de la sécurité et de la santé au travail. Il reste que certains des points que le GRI cherche à mesurer se révèlent difficiles à quantifier, et les résultats peuvent par conséquent manquer de signification.¹⁹

Une fois encore, on observera que ces initiatives apportent sans doute un utile complément à l'action normative de l'OIT, mais qu'elles ne possèdent pas le caractère cohérent, systématique et global qui leur permettrait d'avoir une influence sensible et durable sur le plan universel. La décision de pays comme la Belgique ou la France d'imposer aux sociétés d'une taille déterminée une obligation de faire rapport sur certains aspects des conditions d'emploi pourrait toutefois améliorer ce tableau.

4. *Les investissements socialement responsables*

L'éthique sociale de placement cherche à favoriser les bonnes politiques sociales d'entreprise, en utilisant les outils financiers traditionnels (comme l'établissement d'indices et les techniques de notation) tout en préservant la rentabilité économique des investissements. Elle recourt à deux moyens d'action principaux. Le premier consiste, pour les investisseurs, à tenir compte, dans la constitution de leur portefeuille, des réalisations sociales des entreprises: ils achèteront certains titres, en se fondant sur les critères ou les normes qu'ils ont retenus, et n'en achèteront pas d'autres. Le second utilise la possibilité pour les actionnaires d'user de leurs droits pour influencer la politique des entreprises. Ces moyens s'exercent donc à des moments et dans des sens différents: le premier, avant l'achat des titres (ou dans la décision d'en changer), le second, après l'entrée dans le capital; on a relevé que les caisses de pension de la fonction publique et les fonds des institutions religieuses se montrent particulièrement actifs à cet égard.²⁰

Les critères et normes retenus pour se déterminer n'apparaissent pas plus précis ou uniformes dans ce cas que dans les précédents. Certaines grilles

¹⁹ Voir GB.288/WP/SDG/3, paragr. 23 et 24.

²⁰ Voir Diller, *op. cit.*, pp. 116 et 117; G. L. Clark et T. Hebb, «Pension Fund Corporate Engagement: The fifth stage of capitalism», *Relations industrielles/Industrial Relations*, vol. 59, 2004, pp. 142-172.

cependant font appel à l'ensemble des normes fondamentales du travail. Un document récent du BIT cite Calvert, Coreratings, EIRIS (Ethical Investment Research Service), PIRC (Pensions and Investment Research Consultants Ltd.) et Vigeo/ARESE; une autre agence, de notation, la SAM, demande aux compagnies si elles souscrivent publiquement à la Déclaration déjà citée de l'OIT sur les multinationales; d'autres, comme KLD, reprennent les points couverts par les normes fondamentales du travail, mais sans se référer spécifiquement à des conventions de l'OIT.²¹

IV. Le rôle des institutions publiques nationales et internationales

Depuis longtemps, des institutions internationales ont pris la mesure du phénomène et ont élaboré des codes de conduite appelés à inspirer les entreprises dans leurs politiques sociales. L'OCDE, l'OIT et plus récemment l'ONU ont rédigé des principes directeurs à cet effet. D'autres organisations internationales et certains gouvernements cherchent à promouvoir de telles initiatives.

1. Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des multinationales

L'OCDE a adopté en 1976 une Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales. Le document et les décisions qui ont suivi constituent un engagement de politique, pris par les gouvernements des Etats membres, d'améliorer le climat des investissements étrangers, de favoriser la contribution positive des multinationales au progrès économique et social, ainsi que de résoudre ou, tout au moins, de réduire au minimum les difficultés qui résultent de leurs opérations. La déclaration et les décisions prises sur cette base font l'objet d'examen périodiques. La déclaration comprend en particulier des principes directeurs à l'intention de ces entreprises. Ils constituent des recommandations non contraignantes adressées aux entreprises par les gouvernements qui y ont souscrit; le respect de ces normes est volontaire et leur application encouragée par des points de contact nationaux dans les pays membres.²²

²¹ Voir GB.288/WP/SDG/3, paragr. 20.

²² Voir www.oecd.org/daf/investment/guidelines/mnetextf.htm. Voir aussi P. Tergeist et al., «The Organisation for Economic Co-operation and Development», dans R. Blanpain (ed.), *International Encyclopedia of Labour Law and Industrial Relations*, Kluwer, The Hague, 1994.

Ces Principes directeurs couvrent l'éventail des activités des multinationales et s'appuient sur des procédures de mise en œuvre dans les pays membres ainsi que dans quelques autres (l'Argentine, le Brésil, le Chili, l'Estonie, Israël, la Lettonie, la Lituanie, la Slovaquie). Ils sont complétés par des commentaires explicatifs et des clarifications sur leur interprétation à la suite des délibérations du Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales. Le document débute par des considérations générales sur le respect des droits de l'homme, l'importance de la formation professionnelle, l'observation de la législation nationale et l'information du personnel. Il poursuit avec des recommandations dans de nombreux domaines comme l'environnement, la lutte contre la corruption, la publication d'informations, l'intérêt des consommateurs, la concurrence, la science et la technologie. En matière d'emploi et de relations professionnelles, il se réfère aux droits fondamentaux au travail: non-discrimination, abolition du travail des enfants et du travail forcé, liberté syndicale et négociation collective libre. Il se fait même très explicite sur ce dernier point, demandant que les représentants des travailleurs reçoivent toute l'information nécessaire et des facilités pour mener à bien les négociations; le texte se réfère expressément aux changements importants dans l'entreprise (comme la fermeture d'une entité) et condamne les menaces, lors des discussions collectives, de transférer une ou plusieurs unités opérationnelles hors du pays. Mention est faite également de la santé et la sécurité du milieu de travail. Le document suggère enfin que les compagnies encouragent leurs partenaires commerciaux (y compris leurs fournisseurs et leurs sous-traitants) à appliquer des règles de conduite des affaires conformes aux Principes directeurs.

Les Principes directeurs citent expressément la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail adoptée par l'OIT en 1998. Les commentaires qui accompagnent le document mentionnent la Déclaration tripartite de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale. Ils précisent que les Principes directeurs de l'OCDE ont un rôle à jouer pour promouvoir l'observation de la Déclaration de 1998 par les multinationales. Tant les Principes directeurs que la Déclaration tripartite de l'OIT, soulignent-ils encore, concernent le comportement attendu des entreprises. La déclaration est «utile pour la bonne compréhension des Principes directeurs en ce qu'elle est plus approfondie», même si les procédures de suivi ne relèvent pas des mêmes organes. Les commentaires signalent en outre les instruments de l'OIT sur l'abolition du travail des enfants (conventions n^{os} 138 et 182; recommandation n^o 146), et du travail forcé (conventions n^{os} 29 et 105), sur la non-discrimination dans l'emploi et la profession (convention n^o 111), ainsi que sur la consultation et la collaboration entre employeurs et travailleurs au plan de l'entreprise (recommandation n^o 94).

2. *La Déclaration de principes tripartite de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale*

Le développement des entreprises multinationales dans les années soixante et soixante-dix provoqua d'intenses débats, à l'OIT notamment. La difficulté de réconcilier les points de vue écarta la possibilité de rédiger une convention internationale sur le sujet. Le Conseil d'administration du BIT opta pour une déclaration, instrument non contraignant. Après quelques paragraphes explicatifs et de politiques générales, celle-ci aborde successivement les questions d'emploi (sécurité et promotion de l'emploi, égalité de chances et de traitement), de formation, de conditions de travail et de vie (âge minimum, salaires, bénéfices et conditions de travail, sécurité et santé) et de relations professionnelles (liberté syndicale, négociation collective, consultations, examen des réclamations et solution des différends). Relevons-le, l'annexe contient une liste des conventions et recommandations auxquelles le document se réfère, méthode propre à souligner l'importance de ces normes.

Le but de cette Déclaration est de favoriser les contributions positives que les compagnies multinationales peuvent apporter au progrès économique et social, et de résoudre ou de réduire les difficultés auxquelles leur fonctionnement peut donner lieu. Elle insiste sur la base volontaire sur laquelle il est demandé d'observer les principes qu'elle contient. Une procédure de rapports existe pour évaluer les suites données à ce document, une autre pour l'examen des différends sur son application.²³

3. *Les initiatives lancées par les Nations Unies*

On mentionnera spécialement le «Pacte mondial» («Global compact») lancé par les Nations Unies en juillet 2000, conjointement avec plusieurs autres institutions internationales, dont l'OIT. Initiative purement volontaire elle aussi, ce pacte s'attache à promouvoir la responsabilité critique des entreprises. Il insiste sur neuf principes qui font l'objet d'un consensus universel; quatre d'entre eux s'inspirent directement de ceux retenus par l'OIT dans sa Déclaration de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail.²⁴ Les associations patronales et syndicales, au premier rang desquelles l'OIE et la CISL, participent

²³ Voir Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, BIT, Genève, 1977. Voir aussi F. Morgenstern, «Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale – Nouveaux problèmes, nouvelles méthodes», *Journal du droit international* (Clunet), 1983, n° 1, pp. 61-75.

²⁴ Voir www.unglobalcompact.org.

activement, conjointement avec des firmes individuelles à ce pacte, devenu un vaste forum qui favorise l'apprentissage et le dialogue en matière de responsabilité sociale des entreprises.

La Sous-commission des Nations Unies pour la promotion et la protection des droits de l'homme a approuvé en août 2003 un document intitulé «Normes sur la responsabilité en matière des droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises». Le texte n'introduit pas de nouvelles obligations à charge des compagnies, mais réaffirme l'importance de documents antérieurs, comme le Pacte mondial, les Principes directeurs de l'OCDE qui viennent d'être cités et plusieurs instruments de l'OIT. Il constitue, comme on l'a dit, une «checklist» à l'usage des entreprises sur le comportement à respecter pour se conformer aux normes internationales sur les droits de l'homme. Malgré son ambition limitée, le document a reçu un accueil réservé car de nombreux gouvernements, les milieux d'affaires et même les fédérations syndicales internationales considèrent qu'il fait double emploi avec des textes antérieurs. Il a en revanche obtenu un fort appui de beaucoup d'ONG.

4. Initiative de la Banque mondiale

La Société financière internationale du groupe de la Banque mondiale a mis en place les moyens de faciliter la promotion de l'entreprise citoyenne et d'aider ses clients et le secteur privé dans les pays émergents à trouver les possibilités d'investissement correspondant à celle-ci. Elle a établi une grille qui permet de mesurer la durabilité des investissements privés et qui comprend une évaluation de la santé, de la sécurité et du bien-être de la main-d'œuvre. Les mesures que les entreprises sont appelées à prendre dans ce cadre incluent le respect des conventions de l'OIT, le versement d'un salaire légèrement plus élevé que la moyenne et l'observation du Recueil de directives pratiques du BIT sur le VIH/SIDA et le monde du travail. L'Institut de la Banque mondiale a lancé un cours en ligne sur la responsabilité sociale des entreprises. La banque a également organisé une conférence sur le sujet par rapport aux politiques publiques et même des études à ce propos.²⁵

²⁵ Voir GB.288/WP/SDG/3, paragr. 33.

5. Initiatives européennes

Le Parlement européen a adopté en 1998 une résolution «sur des normes communautaires applicables aux entreprises européennes opérant dans les pays en développement: vers un code de conduite». Le document se réfère aux normes fondamentales du travail et à la Déclaration du BIT sur les multinationales; l'Union européenne est appelée à consolider l'application de ses instruments existants ainsi que ceux de l'OIT et du système des Nations Unies.²⁶

La Commission européenne a publié de son côté en 2001 un livre vert sur la responsabilité sociale des entreprises.²⁷ Après consultations et discussions sur celui-ci, elle a rédigé en juillet 2002 une communication²⁸ qui en reconnaît le caractère volontaire, souligne la nécessité de transparence et de mesures crédibles et insiste sur la valeur des activités qui impliquent les communautés locales. Le texte encourage une approche globale qui couvre les dimensions économique, sociale et environnementale de la question et prend en compte les intérêts des consommateurs, les caractéristiques propres aux PME ainsi que le respect des instruments internationaux en vigueur tels que ceux sur les normes fondamentales du travail et les Principes directeurs de l'OCDE déjà cités. L'objectif consiste à favoriser la connaissance des bonnes pratiques par différents moyens; encourager et développer les compétences de gestion socialement responsable; stimuler les PME dans ce domaine; faciliter la convergence et la transparence des pratiques et des outils sur la responsabilité sociale des entreprises; promouvoir ce thème dans la coopération au développement.

La commission a lancé en juillet 2002 un forum plurilatéral européen destiné à dégager une interprétation commune de la responsabilité sociale des entreprises ainsi qu'à améliorer sa crédibilité et son efficacité dans la poursuite des objectifs économiques, sociaux et environnementaux de l'Union européenne.²⁹ Présidé par la Commission européenne, ce forum rassemble des entreprises, des syndicats, des ONG, des investisseurs et des consommateurs, voire d'autres acteurs concernés – des représentants de l'OIT, de l'OCDE et des Nations Unies bénéficient d'un statut d'observateur. Son but est de promouvoir innovation, convergence et transparence des pratiques et des instruments adoptés à ce sujet.

²⁶ *Ibid.*, paragr. 30.

²⁷ Voir COM (2001) 346.

²⁸ Voir «Communication de la commission concernant la responsabilité sociale des entreprises: une contribution des entreprises au développement durable», juillet 2002, COM (2002) 347.

²⁹ Voir www.europa.eu.int/employment_social/news/2002/oct/173_fr.html

6. *Initiatives nationales*

Le Conseil économique et social des Pays-Bas a rédigé un rapport où il exprime un avis sur le rôle du gouvernement dans le commerce éthique. Les autorités danoises ont financé l'élaboration d'un mécanisme d'évaluation de l'impact des droits de l'homme. Elles établissent une base de données éthiques au Centre d'information des consommateurs du Ministère du commerce; les entreprises peuvent y entrer leur réponse sur la manière dont elles appliquent les normes du travail reconnues. Le Département britannique du développement international et l'Agence canadienne de développement international œuvrent de concert à la promotion de la responsabilité sociale des entreprises dans leur domaine de compétence, à l'égard en particulier des populations démunies. Le Royaume-Uni a même créé un poste de ministre en charge de la responsabilité sociale des entreprises au sein du Département du commerce et de l'industrie. Le gouvernement de ce pays a demandé aux gestionnaires de fonds de pension britanniques d'indiquer la mesure des facteurs sociaux, environnementaux et éthiques dans leurs décisions d'investissement.³⁰

Les gouvernements américain et britannique ont aidé, conjointement avec des multinationales et des syndicats, à l'élaboration de principes directeurs volontaires dans l'industrie du pétrole. Une loi belge enfin, du 27 février 2002, crée un label que les entreprises, belges ou étrangères, peuvent utiliser dans la promotion de produits qui répondent à des normes et à des critères déterminés; ces critères comprennent le respect des dispositions contenues dans les conventions de base de l'OIT.³¹

V. Remarques finales

On voit volontiers dans l'insistance mise aujourd'hui sur la responsabilité des acteurs privés dans l'harmonisation des rapports sociaux l'expression d'une vision politique libérale qui privilégie l'initiative privée sur l'action tutélaire des autorités publiques et de leurs lois. L'argument paraît un peu court. On aura d'ailleurs relevé que la problématique examinée ici ne se cantonne pas aux questions de travail, mais qu'elle couvre également celles de voisinage, d'environnement et de relations avec les communautés locales. Voilà qui ne surprendra pas.

³⁰ Voir GB.288/WP/SDG/3, paragr. 34. Comp. G. Vallée, «Les codes de conduite des entreprises multinationales et l'action syndicale internationale: Réflexions sur la contribution du droit étatique», *Relations industrielles/Industrial Relations*, vol. 58, 2003, pp. 363-394.

³¹ Voir *Moniteur belge* du 26 mars 2002 (ed. 2), pp. 12428-12432.

Le processus de mondialisation a en effet ébranlé – ou davantage – de très nombreuses institutions créées au sein des Etats pour organiser les relations sociales. Les réseaux cultivés par les citoyens et leurs dirigeants à l'intérieur des cadres nationaux ne permettent assurément plus d'apporter les solutions attendues aux problèmes les plus aigus du jour. Chacun, ou presque, se convainc que l'action concertée doit se porter sur un autre plan, régional – européen – ou mondial, mais à ce niveau les organes et les canaux de communication font en bonne partie défaut.³² Les grandes compagnies privées cherchent à combler ce vide, avec les moyens qu'elles possèdent. Elles opèrent en effet dans une sphère spécifique, avec des objectifs de rentabilité fixés par leurs organes directeurs. Il ressort des informations réunies dans les pages qui précèdent que leurs activités dans les domaines sociaux peuvent constituer un complément utile, mais non remplacer les politiques et programmes des autorités gouvernementales nationales et internationales. Les limitations apparaissent à la fois d'ordre stratégique et de nature technique.

Les premières ont un caractère stratégique. Ces initiatives traduisent en effet des objectifs ainsi qu'une politique qui les sous-tend, déterminés par la direction de l'entreprise, ou du moins fixés avec son approbation. Elles se focalisent sur les éléments où convergent les intérêts de la compagnie et ceux de son personnel. Il n'en va pas toujours ainsi, et d'autres questions où les préoccupations divergent, comme la précarité de l'emploi, y figurent rarement. Bien plus, les politiques sociales dépassent sur bien des points (la création d'emplois, la formation professionnelle par exemple), même dans les Etats les plus libéraux, le cadre d'une entreprise, aussi grande soit-elle; ceux-ci ne se retrouvent normalement pas non plus dans ces démarches. Quelquefois, il est vrai, les compagnies manifestent un désir accru de participer à des programmes d'insertion ou de réintégration sociale.³³ Même alors cependant elles ne traitent pas – et tel n'est assurément pas leur rôle – des problèmes sociaux généraux d'une communauté locale ou d'un pays.

La diffusion de ces pratiques sociales d'entreprise reste aussi inégale. Dans certaines parties du monde et dans certains secteurs plus que dans d'autres, les firmes adoptent des politiques dynamiques de développement des ressources humaines pour chercher un avantage face à une concurrence active; elles ne sont pas nécessairement enclines dans ce cas à favoriser l'imitation, par d'autres compagnies, des mesures prises. D'où les appels à la transparence lancés, entre autres institutions, par l'Union européenne, mais aussi la difficulté d'y donner suite.³⁴

Certaines firmes sont plus portées que d'autres, ne fut-ce que pour des raisons historiques, ou plus aptes à assumer une telle responsabilité sociale. En

³² Voir *Une mondialisation juste: créer des opportunités pour tous*, op. cit., paragr. 340 et suiv.

³³ Voir *Travail dans le monde 1997-98: relations professionnelles, démocratie et cohésion sociale*, Genève, BIT, 1997, pp. 69 et 70.

³⁴ Il est vrai que le manque de clarté de certaines initiatives peut avoir d'autres causes et d'autres effets. C'est alors de la valeur des politiques sociales effectivement appliquées dont il s'agit.

revanche, comme on l'a souligné,³⁵ le risque existe que leurs stratégies s'écartent des politiques publiques et s'opposent aux efforts des Etats pour améliorer le régime du travail, développer l'emploi, libéraliser les échanges et répartir équitablement les fruits de la croissance; on peut même craindre dans certains cas qu'élaborées par des entreprises de pays industrialisés, sans consultations de leurs filiales et sous-traitants des pays du Sud, ils ne prennent pas suffisamment en compte les problèmes liés au développement et à la pauvreté.

Les limitations du deuxième type, techniques, à ces initiatives viennent s'ajouter aux premières. Ainsi en va-t-il de leur extension. Les difficultés à la mise en œuvre du droit national ou international du travail par de telles méthodes semblent évidentes à tout juriste. Elles tiennent au champ d'application restreint (à une ou plusieurs entreprises), à la durée de validité de ces dispositions ainsi que, et surtout, à la mesure de leur caractère obligatoire. Faut-il ajouter, se plaçant d'un autre point de vue, que ces dernières n'exemptent pas les firmes concernées d'appliquer les lois du pays où elles opèrent, y compris les conventions internationales qu'elles ont intégrées dans leur ordre juridique.

Les problèmes techniques de mise en œuvre de ces initiatives ne s'arrêtent pas là. Un autre porte sur le choix des règles de travail adoptées et sur leur contenu. Aucune formule, à ma connaissance, ne se réfère à l'ensemble des normes de l'OIT, ou même à celles-là que l'institution considère comme les plus actuelles. Les sélections opérées reposent sur des critères entrepreneuriaux répondant à des objectifs qui ne correspondent pas nécessairement à ceux de l'Organisation tripartite. L'énoncé même de ces dispositions mérite réflexion. Certains documents élaborent des normes propres ou mentionnent des instruments internationaux spécifiques, y compris les conventions et recommandations internationales du travail. On en rencontre en revanche qui se contentent de l'expression de principes généraux, et la façon de les mettre en pratique n'apparaît pas clairement.

Une question maintes fois soulevée porte sur la manière de constater la violation des normes retenues. La voie judiciaire et l'application éventuelle des sanctions – qui restent le plus souvent à définir – supposent que ces initiatives s'imposent à l'employeur, au sens juridique des termes. En l'absence d'une telle procédure, les méthodes d'évaluation et de suivi varient considérablement. Il faut en vérifier le sérieux, c'est-à-dire à la fois l'indépendance et la compétence professionnelle des personnes chargées du contrôle.

Cela dit, l'utilité de ces mesures semble aussi généralement reconnue que leurs insuffisances. La responsabilité sociale de l'entreprise vient en appui de l'action publique, la stimule; elle peut même porter plus loin la réalisation de ses objectifs. S'agissant des entreprises multinationales, elle offre un cadre régulateur (même si sa valeur juridique est incertaine) quand la loi applicable,

³⁵ Voir Diller, *op. cit.*, p. 132.

ou les obligations de l'Etat hôte par rapport à des instruments internationaux, notamment ceux de l'OIT, n'apparaît pas clairement.

On voit ainsi se développer une dynamique de complémentarité entre les normes de l'OIT et les initiatives sociales des grandes compagnies nationales et transnationales. Ces dernières cherchent à consolider la protection du travail dans un espace juridique «gris» ou opaque. L'incertitude tient au droit national applicable quand ces firmes opèrent dans plus d'un pays ou dans des Etats aux structures administratives faibles. Elle procède aussi de l'observation que les règles adoptées à l'OIT ne peuvent purement et simplement venir en appui des ordres juridiques défaillants, principalement pour deux raisons. La première est que rien n'oblige un Etat à ratifier une convention de l'OIT, c'est-à-dire de prendre l'engagement juridique de respecter des normes internationales déterminées; tout au plus relève-t-on une exception en matière de liberté syndicale. La seconde concerne le caractère non exécutoire des conclusions adoptées par les organes de contrôle de l'OIT; n'existent pas ici les types de sanction que connaît le droit du travail si ces règles sont violées.³⁶

Dans tous les cas, toutefois, même en l'absence d'une ratification qui met en mouvement le système de supervision de l'Organisation (ou du moins l'essentiel de celui-ci), les règles et les principes adoptés par celle-ci constituent une source d'inspiration appréciable non seulement pour les autorités publiques, mais pour les acteurs privés de la vie sociale. Ces dispositions, qui couvrent à peu près tous les domaines du travail et de la sécurité sociale, ont démontré leur capacité de s'adapter à des systèmes juridiques variés.³⁷

Parmi celles-ci, une place à part revient à la Déclaration de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail.³⁸ Le document se focalise sur les normes considérées comme de base, liberté syndicale et négociation collective, non-discrimination, élimination du travail forcé et de celui des enfants, qu'elle énonce en termes généraux, c'est-à-dire sans entrer dans le détail des éléments de leur mise en œuvre. Sa valeur contraignante reste limitée et les procédures de suivi insistent sur une approche «promotionnelle» et sur le dialogue interactif. Le texte s'adresse certes en premier lieu aux Etats Membres, pressés de prendre des mesures d'application. Il peut cependant servir directement de référence, en raison même de la généralité de sa formulation, à des entreprises qui rédigent leur code de conduite sociale ou à des sociétés spécialisées qui définissent les critères à observer pour leurs rapports ou leurs audits sociaux. Nous en avons cité des exemples.

³⁶ Voir J.M. Servais, «Les aspects sociaux de la libéralisation du commerce international ou la clause sociale revisitée», *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* (Bordeaux), 1996, p. 218.

³⁷ Voir J.M. Servais, *Droits en synergie sur le travail*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 27 et 28.

³⁸ Voir aussi I. Duplessis, «La Déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux au travail. Une nouvelle forme de régulation efficace?», *Relations industrielles/Industrial Relations*, vol. 58, 2004, pp. 52-72.

Les initiatives privées offrent ainsi un moyen utile de compléter les droits nationaux sur différents points ou, plus fréquemment, d'en assurer un meilleur respect. L'influence de l'OIT se révèle ici limitée mais très réelle. Elle peut grandir. L'institution s'est en effet engagée, conjointement avec d'autres organisations internationales,³⁹ dans de nouveaux efforts pour promouvoir les valeurs qui sont les siennes et les normes qui les expriment à travers des partenariats avec le secteur privé.

³⁹ Voir *Une mondialisation juste, op. cit.*, paragr. 553-559.

International labour standards and the informal economy

Anne Trebilcock*

I. The nature of the debate

Nicolas Valticos liked to tell the story of a Belgian professor who was involved in the ILO's formative years. The professor dreamed one night that the ILO had adopted Conventions on every imaginable subject and he wondered what could possibly remain to be done. Upon waking, he realized that this could never come true, since the ILO not only created standards, it had to make sure that they were applied. And with the passage of time, he realized, there would always be a need to revise and update existing standards to reflect new realities.¹ Looming large among today's new realities is what is called the "informal economy". This growing phenomenon poses at once familiar and new challenges to the contribution that international labour standards can make to achieving the goal of social justice and decent work for all.

The "informal economy" – variously perceived – is a topic that has generated debate in the International Labour Organization for over 30 years. Much of this debate has encircled definitions of "formal" versus "informal" – with few satisfactory results. Various definitions have been put forward – by statisticians for purposes of data collection and analysis, by economists for purposes of research and policy prescriptions, by legal experts for purposes of drafting and interpreting legislation. Approaching the task from different perspectives, it is not surprising that no generally agreed definitions have been found. Each discipline uses working definitions for particular purposes. The definitional discourse risks losing sight of the essential question: how can people, whether their work is designated "formal" or "informal", be both empowered and protected?²

* Deputy Director, Policy Integration Department. The author wishes to thank René Robert for his research assistance.

¹ See N. Valticos, "International labour standards and human rights: Approaching the year 2000", *International Labour Review*, vol. 137, 1998, pp. 142-143.

² This is an elaboration of Arturo Bronstein's question, "how to protect the unprotected?"; see A. Bronstein, "Labour law and the informal sector", *Workshop on Regulatory Frameworks and their Economic and Social Impact*, Geneva, 4-5 February 1999, unpublished paper, p. 1.

When the tripartite delegates to the International Labour Conference adopted conclusions on decent work and the informal economy in 2002, they acknowledged that there was no “universally accurate or accepted description or definition.” These conclusions noted, however, that “there is a broad understanding that the term ‘informal economy’ refers to ‘all economic activities by workers and economic units that are – in law or in practice – not covered or insufficiently covered by formal arrangements [...] They are operating outside the formal reach of the law; or [...] although they are operating within the formal reach of the law, the law is not applied or not enforced; or the law discourages compliance because it is inappropriate, burdensome, or imposes excessive costs’.”³ On the other hand, the Conference conclusions distinguished such activities from “criminal and illegal activities, such as smuggling of illegal drugs, [which] are not appropriate for regulation or protection under labour or commercial law”.⁴ This list could have included other relevant branches of law, in particular property law, tax law and human rights law. Since governments use many different rationales to characterize activities as legal or illegal, dwelling on this issue is not particularly helpful in understanding the informal economy or responding to the needs of those operating in it.

The phrase used in the 2002 conclusions, i.e. “appropriate for regulation or protection under labour or commercial law”, provides a useful point of departure, however. The logic of traditional labour law is relatively simple: if factors are present that indicate an employment relationship, the employee benefits from the coverage of labour law, which has as its purpose the rebalancing of the unequal power of capital and labour. As long as it identifies an “employee”, labour law does not care whether the employer is “formal” or “informal” for other purposes, such as being subject to and/or complying with commercial or fiscal regulations. But the labour market has become more complex, threatening this simplicity, and labour law has been struggling to keep pace. At the same time, the power of the State to enforce its regulations, including labour regulations, has been weakened. This too tends to cloud our vision of how to address the problems we see in the informal economy – where, whether *de facto* or *de jure*, too many people remain without legal protection and recourse to rights that could empower them.

Rather than disappearing, the informal economy has expanded and become more diverse. With enhanced global competition, production chains that cross national boundaries, and the erosion of state power, the informal economy and the formal economy have become increasingly linked. The informal economy produces for, trades with, and distributes for the formal

³ See Conclusions concerning decent work and the informal economy, International Labour Conference, 90th Session, 2002, *Record of Proceedings*, vol. II, p. 25/53, para. 3.

⁴ *Ibid.*, p. 25/53, para. 5.

economy. Gender plays a key role in understanding the informal economy and its links to the formal.⁵ However, the debate on the informal economy – or the earlier, related debate on the informal sector – has largely been about means to an end: how to achieve decent work (“work”, not necessarily “employment” in the legal sense) for all workers and employers, whatever the characterization of their work. This challenge is complicated by the segmentation of the informal economy, with situations ranging from barely subsistence activities to cutting-edge exploitation of new opportunities in high-technology fields. Unfortunately, the bulk of those in the informal economy fall closer to the low end of this continuum and are trapped in poverty. How to address their dilemma lies at the heart of the debate over both the informal economy and poverty reduction.

As the World Commission on the Social Dimension of Globalization observed, “while some informal workers provide low-cost inputs to global production systems, the majority are excluded from the opportunities of globalization and confined to restricted markets. This is a major governance issue with a considerable impact on the distribution of the benefits from globalization. First, the lack of rights and protections leads to vulnerability and inequality, undermining many of the principles of governance. Second, there is lack of access to markets and services, so that potential for growth and development is unrealised. Third, there is a failure to build a fair and participative economy, for the rules of the game are in effect not the same for all [...] The goal must be to make these informal activities part of a growing formal sector that provides decent jobs, incomes and protection, and can trade in the international system”.⁶

Aspects of the informal economy debate have involved labour standards, both international and domestic. While Nicolas Valticos did not explicitly take up the informal economy in relation to international labour standards, his conception of human rights in labour matters was sufficiently generous to permit speculation about how he might have seen its relevance to the work of the International Labour Organization. His emphasis on the universality, individuality and flexibility of international labour standards has particular relevance for the informal economy.

On the other hand, international labour standards are deemed by some to be counterproductive in relation to the informal economy. Bariantos, Kabeer and Hossain illustrate this view when they say: “Labour markets today are characterized by a continuum in which the formal shades into the informal and women move between jobs in the traded and non-traded economy. Globally enforced labour standards may improve jobs in the traded sector, but they are only likely

⁵ See M. Chen, J. Vanek, M. Carr, *Mainstreaming informal employment and gender in poverty reduction: A handbook for policy-makers and other stakeholders*, London, Commonwealth Secretariat, 2004.

⁶ See *A Fair Globalization. Creating opportunities for all*, Report of the World Commission on the Social Dimension of Globalization, Geneva, ILO, 2004, paras. 262-264.

to address a very small (formal) segment of this sector. They will do little for those at the informal end of the traded continuum, and even less for those in the non-traded informal economy, and may end up increasing the incentives to informalize. There is a danger that they will simply serve to set up a privileged enclave for the few, while curtailing employment opportunities for the many”.⁷ This essentially “insider/outsider” view becomes less and less convincing as shades of grey replace a black and white picture of the formal and informal.

Looking specifically at international labour standards in relation to the “dilemma of the informal sector”, Carlotta Schlyter notes: “The relation between the informal sector and international labour standards is a subject fraught with questions, two of the main ones being whether regulations designed for the formal sector can be in any way extended to the informal sector without stifling its further growth, and how, otherwise, persons working in the informal sector can be allowed to benefit from the protection offered by international labour standards”.⁸

Cumulatively, these views reflect two common misconceptions. The first is a belief that international labour standards do not address people in the informal economy, whereas in fact many provisions do. The second is confusion between the interplay between international labour standards and domestic laws and regulations (which are often not required by the ILO Conventions or Recommendations concerned and which indeed may be ill-conceived means of achieving implementation of the international instruments).

The first misconception – that international labour standards do not address those in the informal economy – appears to meld three strands of thought:

- (i) that workers in the informal economy are outside the scope of application of international labour standards (false for many but not all provisions);
- (ii) that given the circumstances under which work is performed, the standards are irrelevant to those in the informal economy (false for many but not all provisions);
- (iii) that international labour standards are not applied in practice in the informal economy (true in most cases, but non-application is not limited to the informal economy; in any event, failure to implement voluntarily ratified Conventions, whether in the formal or the informal economy, reflects a

⁷ See S. Bariantos, N. Kabeer, N. Hossain, “The gender dimension of the globalization of production”, Policy Integration Working Paper No. 17, ILO, Geneva, 2004, p. 14. Curiously, this “insider/outsider” approach has not been applied to theories that stress the importance of formalizing property rights (e.g. as espoused by Hernán De Soto), since not all people will end up as owners of productive assets. Wealth created by labour, on the other hand, knows no such limits (the key question being its distribution).

⁸ See Carlotta Schlyter, *International Labour Standards and the Informal Sector: Developments and Dilemmas*, Geneva, ILO, Employment Sector, Working Paper on the Informal Economy 2002/3, p. 1.

lapse of governance. This may entail failure to marshal sufficient resources to ensure respect for the rule of law or in some instances, failure to reform the law to keep pace with new realities).

The second misconception, involving the relationship between international and domestic rules, ignores the quite general wording of many ILO instruments. Often, ILO Conventions and Recommendations call only for a government to adopt “a national policy” or “measures” towards a goal. Moreover, ILO Conventions frequently contain “flexibility clauses” designed to address differences in levels of economic development between countries and sectors of activity within countries. Among the flexibility clauses most pertinent to the informal economy are the following:

- (i) clauses which permit a State, when ratifying a Convention, to exclude certain economic sectors (although admittedly these are infrequently invoked by States upon ratification);
- (ii) clauses which allow for the application of a Convention or a Recommendation by means of laws, regulations, collective agreements, arbitration awards, court decisions or a combination of these methods, or in any other manner consistent with national practices, account being taken of national conditions;
- (iii) clauses which provide for progressive extension of the application of an instrument or permit action to be taken progressively to implement it.

Sometimes this lack of knowledge of the content of international labour standards is compounded by a mistaken belief that a voluntarily ratified Convention, developed in a debate open to all 177 ILO member States and representatives of workers and employers within them, has somehow been imposed on a country by the ILO. Such a view ignores the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) and in particular its incarnation of the principle of *pacta sunt servanda*.

The related question of extension of international labour standards, on the other hand, involves issues not unique to the informal economy, but which are shared to a large extent by micro and small-scale enterprises. The question is not whether to apply relevant standards, but how.

The discussion of decent work and the informal economy at the 2002 International Labour Conference referred to a matrix which portrayed the informal economy from the viewpoint of both production units by type and jobs by status in employment.⁹ These are basically statistical rather than legal concepts, however. International labour Conventions generally apply to categories

⁹ See *Decent work and the informal economy*; International Labour Conference, 90th Session, 2002, *Report VI*, Table A.1, Matrix: A conceptual framework for the informal economy, p. 123.

of persons or to work performed under certain (physical) circumstances rather than to “observation units” used for statistical purposes. Sometimes the scope of application of Conventions refers to types of undertakings or enterprises, and here the two approaches can more closely converge.

A more productive debate would involve a closer examination of the various realities involved, the type of standards and their utility in relation to specific groups in the informal economy, the flexibility for their application, and the use of social dialogue techniques for resolving disputes in relation to them. No one pretends that each of the 71 Conventions now designated by the ILO as up-to-date should be applied to the informal economy.¹⁰ Some are clearly aimed at formal enterprises, such as provisions for notification of closure of undertakings of a certain size under the Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158), among other examples that could be cited.

International labour standards that embody fundamental human rights, on the other hand, are to be enjoyed by people whether they work in formal or informal settings. Workers’ rights are, after all, human rights. And even an “informal” enterprise can have “employees” under national legislation governing the employment relationship, with resulting rights and duties for both the employer and the employee. Moreover, a number of ILO instruments, the most important described below, apply explicitly to “workers” rather than the legally narrower term “employees”, or do not contain language limiting their application to the formal economy. A small enterprise may be classified as informal because of its failure to register or to pay taxes on income, but formal in terms of creating an employment relationship with a worker – thus entitling him or her to vindicate rights such as being paid a wage, protected from discriminatory practices, and having legal capacity to join a trade union.

Indeed, denial of rights under Conventions that already apply to the informal economy is a disservice not only to workers, but to employers and government policy makers as well. As quoted by Carlotta Schlyter in her ILO Working Paper on the informal economy, “as a general rule, the inability of the informal sector to comply with certain aspects of labour legislation is not necessarily an indication that something is wrong with the legislation itself; it should rather be taken as a reflection of the quite unsatisfactory conditions in which the informal sector has to operate”.¹¹ These conditions reflect and perpetuate the low productivity trap into which many in the informal economy fall. “The problem of failure to apply the law”, note Maldonado, Badian and Miélot, “is linked to

¹⁰ The numbering of Conventions is sequential, and 184 had been adopted by 2004. A number of these have been revised by subsequent instruments or determined by the ILO Governing Body to no longer be up-to-date instruments subject to active supervision by the supervisory procedures for monitoring application. Currently, 71 Conventions are classified as “up to date”.

¹¹ See Schlyter, *op. cit.*, *supra* note 8, p. 5.

the precarious nature of micro-enterprises. This problem will not be solved until they can operate profitably in a more stable environment".¹² As Deakin and Wilkinson argue, "under-valued labour leads to productive inefficiency, hampers innovation and leads to short-term strategies and destructive competition. Basic labour rights are necessary in order to correct this market failure".¹³ Providing empirical support for this view, Kucera and Galli have found that for Latin America, countries with higher labour standards tend to have higher levels of formal employment and lower shares of informal employment.¹⁴

The Office report that laid the basis for the 2002 Conference discussion on decent work and the informal economy made these points about ILO instruments and the informal economy:

- (i) ILO Conventions often have a provision to the effect that standards should be implemented in a way appropriate to national circumstances and capabilities;
- (ii) it is untrue that ILO standards are only for those in the formal economy where there is a clear employer-employee relationship;
- (iii) when a standard initially applies only to workers in the formal economy, there is sometimes explicit provision for its extension to other categories of workers (citing the example of instruments dealing with labour inspection and labour administration);
- (iv) there are instruments which focus on specific categories of workers who are often in the informal economy;
- (v) even when informal workers are not explicitly referred to in the text, indications of the applicability of a particular instrument can be sought within the framework of the ILO's supervisory system.¹⁵

Within the body of international labour standards, some instruments apply to all workers, irrespective of their work status or place of employment, whereas others refer specifically to the self-employed or, more recently, to persons in the informal sector/economy.¹⁶

¹² See C. Maldonado, C. Badian, A. Miélot, *Methodes et instruments d'appui au secteur informel en Afrique francophone*, ILO, IFP/SEED, Geneva, 2004, p. 26 (translation by the author).

¹³ See S. Deakin and F. Wilkinson, "Labour law and economic theory", in H. Collins, P. Davies, R. Rideout (eds.), *Legal regulation of the employment relation*, London, 2000, pp. 56-61, as summarized by B. Hepple, *Labour law, inequality and global trade*, Amsterdam, Hugo Sinzheimer Instituut, 2002, p. 19.

¹⁴ See R. Galli and D. Kucera, "Labor standards and informal employment in Latin America", *World Development*, vol. 32, 2004, No. 5, pp. 809-828.

¹⁵ See *Decent work and the informal economy*, *op. cit.*, *supra* note 9, pp. 44-47.

¹⁶ For discussion of these issues in slightly different contexts, see J.-M. Servais, "Secteur informel: un avenir pour le droit du travail?", *Actualités du droit*, Paris, 1994, No. 3, p. 663, and G. Minet, "Coverage of contract labour by international labour standards" (unpublished), 1999.

Home-based work engages many in producing goods or services in the informal economy. Curiously, then, the Home Work Convention, 1996 (No. 177), appears to define a homemaker in such a way as to exclude independent workers, and refers to the product and service being specified by “the employer” (Art. 1). While workers in the informal economy may have employers, a large portion of them are own-account workers. The Office report to the ILC for the discussion of the informal economy in 2002 took the view that the Home Work Convention was directly relevant, and noted that it has been used as an advocacy and advisory tool.¹⁷

Against this backdrop, this article highlights provisions in ILO Conventions and Recommendations that are particularly relevant to addressing labour issues in the informal economy. It groups them under three headings: labour market policy frameworks for better governance (II); human capabilities and empowerment (III); and protection of people (IV).

While not pretending to be exhaustive, this review reminds us that while international instruments may not be widely applied in practice in the informal economy, some are highly relevant to it. Indeed, the failure to apply those instruments reflects a failure in governance that needs to be addressed by multilateral institutions as well as by governments. Ideas in international labour standards can also inspire action by non-governmental actors and serve as touchstones for advocacy. They are also subject to monitoring by the ILO supervisory machinery under articles 19 and 22 of the ILO Constitution. This process keeps issues in the public eye, provides an opportunity for employers’ and workers’ organizations to comment on the extent of observance of international labour standards by governments and, in cases of non-observance, maintains pressure for change.

II. Labour market policy frameworks for better governance

The tripartite conclusions on decent work and the informal economy called upon the ILO to “help member States to formulate and implement, in consultation with employers’ and workers’ organizations, national policies aimed at moving workers and economic units from the informal economy into the formal economy”.¹⁸ Guideposts for such national policies can be found in a number of existing international labour Conventions and Recommendations. The most pertinent are highlighted in this section. The key role that government at all levels

¹⁷ See *Decent work and the informal economy*, *op. cit.*, *supra* note 9, p. 46.

¹⁸ See Conclusions concerning decent work and the informal economy, *op. cit.*, *supra* note 3, para. 37(a).

can play is reflected in the ILC delegates' observation that, "informality is principally a governance issue." An important part of governance involves the labour market, in which workers, employers and their representative institutions as well as different branches and levels of government play a role. International labour standards that provide guidance to national economic and social policy by their nature extend to the issue of decent work and the informal economy.

1. *Employment policy*

1.1 Employment Policy Convention, 1964 (No. 122)
and Recommendation, 1984 (No. 169)

Under the Employment Policy Convention, 1964 (No. 122), ratifying States "declare and pursue, as a major goal, an active policy to promote full, productive and freely chosen employment" (Art. 1, para. 1). The policy aims at ensuring that there is work for all who are available and seeking it, that the work is as productive as possible, and that a worker has free choice and opportunities irrespective of race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin (Art. 1, para. 2). The policy is to take account of the level of economic development and the relationship between employment objectives and other economic and social goals, and should be pursued by methods appropriate to national conditions and practice. (Art. 1, para. 3). The measures taken to attain the goals of the Convention are to be kept under review within the framework of a coordinated economic and social policy (Art. 2(a)).

In reviewing the application of Convention No. 122, the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations remarked in 2002 that, "workers in the informal economy are among the most vulnerable and worst protected groups. The informal economy also has a high concentration of child labourers and women workers in low-productivity jobs with difficult working conditions. The Committee appreciates the fact that several governments' reports include information on the informal sector and programmes undertaken, often with assistance from the ILO, to promote productive employment and to integrate informal economy workers in the more modern sectors of the economy. In this respect, the Committee again notes that almost all governments mentioned in their reports the very important role of micro, small and medium-sized enterprises in creating jobs, as well as the contribution of self-employment to employment promotion (see, for example, Barbados, Costa Rica and Uruguay)".¹⁹

¹⁹ See *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, International Labour Conference, 90th Session, 2002, *Report III (Part 1A)*, para. 71.

The Committee encouraged member States, in line with the Job Creation in Small and Medium-Sized Enterprises Recommendation, 1998 (No. 189), “to examine ways in which they can provide further support to smaller scale producers as a means of promoting employment”.²⁰

In applying the Convention, representatives of the “persons affected by the measures taken” are to be consulted on employment policies (Art. 3). As the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations has noted in a dialogue with a number of governments over the years, this includes workers in the informal economy/sector.²¹ This dialogue has revealed that governments find it difficult to reach out to those in the informal economy. Schlyter attributes this to the low level of organization, the heterogeneity of the informal sector, the fear of informal operators at dealing with authorities and the strained relationship between national and local authorities.²²

The Employment Policy (Supplementary Provisions) Recommendation, 1984 (No. 169), contains several provisions of direct relevance to the informal economy. As some of the “General Principles of Employment Policy”, the Recommendation provides that “Members should take measures to combat effectively illegal employment, that is employment which does not comply with the requirements of national laws, regulations and practice” (Para. 8). Para. 9 continues: “Members should take measures to enable the progressive transfer of workers from the informal sector, where it exists, to the formal sector to take place”. Recommendation No. 169 devotes its Part V to the informal sector. This Part provides:

27. (1) National employment policy should recognize the importance as a provider of jobs of the informal sector, that is economic activities which are carried on outside the institutionalised economic structures;

(2) Employment promotion programmes should be elaborated and implemented to encourage family work and independent work in individual workshops, both in urban and rural areas.

28. Members should take measures to promote complementary relationships between the formal and informal sectors and to provide greater access of undertakings in the informal sector to resources, product markets, credit, infrastructure, training facilities, technical expertise and improved technologies.

It continues, in Para. 29 (1): “While taking measures to increase employment opportunities and improve conditions of work in the informal sector,

²⁰ *Ibid.*

²¹ See Schlyter, *op. cit.*, *supra* note 8, pp. 17-18.

²² *Ibid.*, p. 19.

Members should seek to facilitate its progressive integration into the national economy". This is followed by: "(2) Members should take into account that integration of the informal sector into the formal sector may reduce its ability to absorb labour and generate income. Nonetheless, they should seek progressively to extend measures of regulation into the informal sector".

These provisions capture what economists often see as the dilemma of the informal economy. However, the concept behind these provisions seems to visualize two clearly distinct sectors, rather than economic relationships of various types blending into one another.

Under Convention No. 122, the Government is to consult on employment policy with "representatives of the persons affected by the measures to be taken, and in particular representatives of employers and workers" (Art. 3). As part of its review of the application of this Convention, the ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations has noted the importance of including representatives of persons active in the informal economy in these consultations. Governments that have responded to this concern have cited difficulties in extending consultations in this way.²³ This in turn reflects the "representation and voice" deficit in the informal economy, linked to a denial of freedom of association and weak capacity for collective action. Recently, the Committee of Experts expressed the view that "it is the joint responsibility of governments and the representatives of employers and workers to ensure that representatives of the most vulnerable and marginalized groups of the active population are associated as closely as possible with the formulation and implementation of measures of which they should be the prime beneficiaries".²⁴

While not explicitly referring to the informal sector/economy, Part IX of Recommendation No. 169 contains guidance on international economic cooperation and employment that was echoed, almost twenty years later, in the Conference conclusions adopted in 2002. What the conclusions added to the ideas in Recommendation No. 169 was a framework focusing on reduction of decent work deficits, greater understanding of the interrelation of the informal and formal economies, and related considerations.

After summarizing the 2002 ILC conclusions on decent work and the informal economy, the Committee of Experts recalled provisions of Recommendation No. 169 and noted information from several governments on measures taken in support of the informal economy. Their report, a general survey

²³ See *Decent work and the informal economy, op. cit., supra* note 9, p. 47.

²⁴ See *Promoting employment: Policies, skills, enterprises – General Survey concerning the Employment Policy Convention, 1964 (No. 122) and the Employment Policy (Supplementary Provisions) Recommendation, 1984 (No. 169)*, International Labour Conference, 92nd Session, 2004, *Report III (Part 1B)*, para. 493, p. 131.

under Art. 19 of the ILO Constitution, provides examples of initiatives taken by governments, in both developing and developed countries, to address the needs of people in the informal economy.²⁵

1.2 Job Creation in Small and Medium-Sized Enterprises, 1998 (No. 189)

The Job Creation in Small and Medium-Sized Enterprises Recommendation, 1998 (No. 189), provides further guidance relevant to the informal economy. It stresses the importance of organization by noting that, “small and medium-sized enterprises and their workers should be encouraged to be adequately represented, in full respect for freedom of association. In this connection, organizations of employers and workers should consider widening their membership base to include small and medium-sized enterprises” (Para. 18). The Recommendation indicates a number of ways in which such organizations can contribute to the development of such enterprises (Para. 17). In addressing the issues of decent work and the informal economy, the Committee of Experts noted recently that it also believes that Recommendation No. 189 “provides valuable guidance for the adoption of measures aimed at encouraging job creation or facilitating the integration of informal employment into the formal sector by promoting small and medium-sized enterprises”.²⁶

This Recommendation applies to “all branches of economic activity and all types of small and medium-sized enterprises, irrespective of the form of ownership (for example, private and public companies, cooperatives, partnerships, family enterprises, and sole proprietorships)” (Para. 4). The last four of these in particular could well be in either the informal or the formal economy, or in both for different purposes.

In terms of the measures to be taken to promote small and medium-size enterprises, “appropriate legal provisions as regards, in particular, property rights [...] as well as adequate social and labour legislation”, are mentioned, along with “avoiding policy and legal measures which disadvantage those who wish to become entrepreneurs” (Para. 5(b),(c)). Improved access to product and capital markets, credit, technologies, information, skills upgrading, and so forth are among the measures recommended to remove constraints to the development and growth of SMEs (Para. 6). The Recommendation also calls for extension of social protection (Para. 7). There is thus common cause between the provisions of Recommendation No. 189 and the 2002 conclusions on decent work and the informal economy – a concern for appropriate policy and legal frameworks and the active roles of organizations of employers and workers.

²⁵ *Ibid.*, paras. 171-177, pp. 56-58.

²⁶ *Ibid.*, para. 173, p. 56.

Under Recommendation No. 189, the policies adopted by governments should be reviewed in consultation with the most representative organizations of employers and workers, and updated (Para. 9(3)). Many elements of the service infrastructure recommended by the Recommendation (Part IV, Paras. 11 to 16) for SMEs would be of benefit to those operating in the informal economy.

A recent in-depth study of the policy environment for small enterprises in seven countries finds that while SMEs are an engine of job creation, in many cases these new jobs simply replace jobs lost elsewhere. Moreover, many jobs in SMEs are of poor quality – “incomes may be at poverty level; dangerous working conditions can put workers at risk of losing their livelihood through work-related illness or accident; and few SMEs are covered by the social security systems that protect workers against such risks”.²⁷ Like much of the informal economy, many SMEs are survivalist in nature. “There are tremendous differences between the most fragile and precarious micro-enterprises and the most dynamic and prosperous small enterprises”.²⁸ Like the informal economy, “SMEs can have a crucial role in development, but they are not a panacea that automatically solves the pressing problems of unemployment, underemployment and poverty”.²⁹

Where SMEs operate independently of laws and regulations – especially those in the informal economy – they can be caught in a low-cost/low-productivity trap. While SMEs contribute significantly to employment creation, it is largely a result of policies that have generated a great many new survivalist enterprises and increased poor quality employment. “For example, an SME that hides from government authorities to avoid registration is affected by regulations precisely because the attempt to evade them prevents the enterprise from becoming more visible, using more publicity, or expanding”.³⁰

Most SMEs are neither completely formal nor completely informal – like the informal economy, there is a continuum. As Maldonado observed, “legalization should [...] be seen primarily as a changing process (moving backwards or forwards according to the state of the economy) rather than as a situation attained once and for all”.³¹ As the above-mentioned ILO study has noted, “SMEs can be encouraged to comply with the laws of the land through a twofold process that enhances the capacity and desirability of enterprises to comply, while reviewing (that is, simplifying and streamlining) regulatory procedures”.³² Furthermore,

²⁷ See G. Reinecke and S. White, *Policies for small enterprises: Creating the right environment for good jobs*, Geneva, ILO, 2004, p. xii.

²⁸ *Ibid.*, p. xiii.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*, p. xiv.

³¹ See Carlos Maldonado, “The informal sector: Legalization or laissez-faire?” *International Labour Review*, vol. 143, 1995, p. 727.

³² See Reinecke and White, *op. cit.*, *supra* note 27, p. 153.

“SMEs that complied with basic registration requirements were found to create more employment over time than SMEs that did not comply [...] Policies and laws that are biased against SMEs can reduce the rate of compliance and hence, reduce employment in SMEs”.³³ SMEs that comply with basic registration requirements were found to have better access to financial services and provided better social security coverage to their workers.³⁴

In most countries, the same ILO study has found, the government’s approach to SMEs is contradictory. On the one hand, government-sponsored projects and programmes are designed and implemented to provide support to SMEs. On the other hand, however, the broader environment of policies, laws and regulations is biased against MSEs, compared with larger enterprises. This suggests a need for nuanced policies. This involves recognizing that “regulations are necessary, for instance to protect workers from exploitative practices, or consumers from health hazards. On the other hand, government policies can open up market opportunities, for example by re-designing public tendering procedures in view of SME participation or by ensuring SMEs’ access to export incentive schemes”.³⁵

1.3 Promotion of Cooperatives Recommendation, 2002 (No. 193)

The Promotion of Cooperatives Recommendation, 2002 (No. 193) addresses a number of issues relevant to decent work and the informal economy. Para. 9 urges governments to promote “the important role of cooperatives in transforming what are often marginal survival activities (sometimes referred to as the ‘informal economy’) into legally protected work, fully integrated into mainstream economic life”. A number of the measures identified in this Recommendation echo those contained in Recommendation No. 189 on small and medium-sized enterprises. This is not surprising since in relation to the informal economy, SMEs and cooperatives share many challenges to moving up the scale towards decent work. In some countries, cooperatives also face obstacles due to restrictions on freedom of association and underdevelopment of legal frameworks. Cooperatives provide an avenue for empowerment of people in the informal economy. The ability of cooperatives to achieve this result is thus closely linked to respect for the fundamental human right to freedom of association.

³³ *Ibid.*, p. xiv.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*, p. xvi.

2. *Institutions of governance*

2.1 Protection of Wages Convention, 1949 (No. 95) and Recommendation, 1949 (No. 85)

Taking the idea of labour market institutions in its wide sense, the Protection of Wages Convention, 1949 (No. 95), contains important parameters and safeguards relating to the primary motivation for work: income, in this case from wages. The term “wages” is defined broadly to include “remuneration or earnings, however designated or calculated, capable of being expressed in terms of money and fixed by mutual agreement or by national laws or regulations, which are payable by virtue of a written or unwritten contract of employment by an employer to an employed person for work done or to be done or for services rendered or to be rendered” (Art. 1). The Convention applies to “all persons to whom wages are paid or payable” (Art. 2, para. 1), although it permits the national authorities to indicate certain exclusions upon ratification. The Committee of Experts has noted with concern that in certain cases large numbers of workers, such as agricultural workers, casual workers and homeworkers, are left unprotected, which it finds inconsistent with the limited and provisional nature of exemptions permitted under Art. 2, paragraph 2 of the Convention.³⁶ Recommendation No. 85, which supplements the Convention, contains among its other provisions more specific protections in relation to payment periodicity for work done on a piece-work basis (Paras. 4 and 5) – a common situation for workers in the informal economy.

2.2 Labour Administration Convention, 1978 (No. 150)

Turning now to a more classic concept of governance, the Labour Administration Convention, 1978 (No. 150), provides for gradual extension of labour administration functions to activities relating to “categories of workers who are not, in law, employed persons, such as: [...] (b) self-employed workers who do not engage outside help, occupied in the informal sector as understood in national practice” (Art. 7). While labour administration is a wider concept than labour inspection, labour inspection may also be extended to workplaces in the informal economy that are subject to enforceable legal provisions.³⁷

³⁶ See *Protection of wages: Standards and safeguards relating to the payment of labour remuneration – General Survey of the reports concerning the Protection of Wages Convention (No. 95) and the Protection of Wages Recommendation (No. 85), 1949*, International Labour Conference, 91st Session, 2003, *Report III(Part 1B)*, para 64, p. 33.

³⁷ For a fuller discussion, see Schlyter, *op. cit.*, *supra* note 8, pp. 23-24.

Labour administration functions pertaining to protection of fundamental principles and rights at work would be especially important to extend to those in the informal economy. In addition, mediation skills, procedures and institutions developed for resolving labour disputes³⁸ have considerable relevance in relation to differences that erupt between local authorities and informal economy operators.

2.3 Right to Organize and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98) and Collective Bargaining Convention, 1981 (No. 154)

While the effective recognition of the right to collective bargaining is a fundamental principle under the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, collective bargaining is a means of governance and as such a labour market institution. Collective bargaining is the practical expression of freedom of association, whereby people band together to maximize their bargaining power. Where people in the informal economy can be categorized as employers and as workers forming organizations, the principle guaranteeing the right to engage in collective bargaining applies directly. In other cases, such as independent workers negotiating with local authorities, it is *collective action* that holds promise for raising and resolving issues. In both cases, principles of conciliation and mediation of disputes developed in the context of labour relations offer guidance and techniques for finding solutions that promote economic and social progress.

2.4 Consultation (Industrial and National Levels) Recommendation, 1960 (No. 113) and Tripartite Consultation (International Labour Standards) Convention, 1976 (No. 144)

These two instruments build upon a guarantee of freedom of association. While the terms of the Tripartite Consultation (International Labour Standards) Convention, 1976 (No. 144), specifically refer to various matters in relation to the development, ratification and reporting on such standards, Convention No. 144 has been an impetus to social dialogue of a broader nature. In a review of the effect given to this instrument and its accompanying Recommendation (No. 152), the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations has noted: “Although the Convention requires that the most representative organizations of employers and workers participate in consultations, it does not in any way prevent the involvement of representatives of other

³⁸ Such institutions are to be promoted under Convention No. 154.

organizations. Above all, it may be useful to receive the opinions of representatives of categories of workers or employers who may be inadequately represented by the principal representative organizations, such as self-employed workers, farmers or members of cooperatives”.³⁹

By the same token, the Consultation (Industrial and National Levels) Recommendation, 1960 (No. 113), provides that “measures appropriate to national conditions should be taken to promote effective consultation and co-operation at the industrial and national levels between public authorities and employers’ and workers’ organizations” (Para. 1(1)). The general objective of these consultations is to promote “mutual understanding and good relations” between them, “with a view to developing the economy as a whole or individual branches thereof, improving conditions of work and raising standards of living” (Para. 4). Among the types of consultations mentioned are seeking views on the preparation and implementation of laws and regulations affecting the interests of employers’ and workers’ organizations, and the elaboration and implementation of plans of economic and social development (Para. 5). There is nothing in this Recommendation that limits it to the formal economy or to labour laws. Organizations of employers or workers in the informal economy could use this instrument for advocacy purposes in their efforts to have more responsive public authorities.

3. Skills and training: enhancing human capital

3.1 Human Resources Development Convention, 1975 (No. 142)
and Recommendation, 2004 (No. 195)

Since skills play a key role in both the formal and the informal economies, the Human Resources Development Convention, 1975 (No. 142), and its recently revised accompanying Recommendation, 2004 (No. 195), are pertinent for this discussion. The Convention calls on ratifying States to “adopt and develop comprehensive and co-ordinated policies and programmes of vocational guidance and vocational training closely linked with employment, in particular through public employment services” (Art. 1). Further, vocational training systems are to be gradually extended, adapted and harmonized “to meet the needs for vocational training throughout life of both young persons and adults in all sectors of the economy and at all levels of skill and responsibility” (Art. 4).

³⁹ See *Tripartite consultation – General Survey concerning the Tripartite (International Labour Standards) Convention, 1976 (No. 144) and the Tripartite Consultation (Activities of the International Labour Organisation) Recommendation, 1976 (No. 152)*, International Labour Conference, 88th Session, 2000, *Report III (Part 1B)*, p. 22.

The new Recommendation continues in a similar vein. It calls upon member States to “formulate, apply and review national human resources development, education, training and lifelong learning policies which are consistent with economic, fiscal and social policies” (Para. 1). These are policies which, *inter alia*, “address the challenge of transforming activities in the informal economy into decent work fully integrated into mainstream economic life; policies and programmes should be developed with the aim of creating decent jobs and opportunities for education and training, as well as validating prior learning and skills gained to assist workers and employers to move into the formal economy” (Para. 3(d)). Countries should also “promote access to education, training and lifelong learning for [...] workers in small and medium-sized enterprises, in the informal economy, in the rural sector and in self-employment” (Para. 5(h)). They should “recognize workplace learning, including formal and non-formal learning, and work experience” (Para. 9(e)). Thus, “measures should be adopted, in consultation with the social partners and using a national qualification framework, to promote the development, implementation and financing of a transparent mechanism for the assessment, certification and recognition of skills, including prior learning and previous experience, irrespective of the countries where they were acquired and whether acquired formally or informally” (Para. 11(1)).

Many other provisions that do not refer directly to the informal economy are relevant to it, such as those recommending various measures to facilitate social inclusion, promote entrepreneurship and greater opportunities to obtain decent work, enhance employability, and promote coherent policies and programmes which place education, training and lifelong learning at the centre of development policies. Thus the Human Resources Development Convention, 1975 (No. 142), obligates ratifying States to “establish and develop open, flexible and complementary systems of general, technical and vocational education, educational and vocational guidance and vocational training, whether these activities take place within the system of formal education or outside it” (Art. 2). Art. 4 of this Convention provides that each Member State “shall gradually extend, adapt and harmonise its vocational training systems to meet the needs for vocational training throughout life of both young persons and adults in all sectors of the economy and branches of economic activity and at all levels of skill and responsibility”.

With the adoption of Recommendation No. 195, which revised and replaced the Human Resources Development Recommendation, 1975 (No. 150), the ILO now has a suite of instruments relevant to employment policy, labour market institutions, training/education/lifelong learning, and the promotion of small-scale entrepreneurship and cooperatives. Far from not applying to the informal economy, these instruments urge governments to address it and provide ideas for grappling more successfully with the challenges posed by the growth of the informal economy.

III. Human capabilities and empowerment

Another type of international labour standard that plays a key role in relation to the informal economy is embodied in the instruments that provide the basis for human beings to fulfil their potential and to exercise power over their own lives. While not a Convention or a Recommendation, the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work (1998) identified four principles as essential to enabling people to enjoy a fair share of the wealth they have helped to generate:

- (i) freedom of association and effective recognition of the right to collective bargaining;
- (ii) elimination of all forms of forced or compulsory labour;
- (iii) effective abolition of child labour;
- (iv) elimination of discrimination in respect of employment and occupation.

This section takes a very brief look at the Conventions linked most closely to these fundamental principles and rights, but does not pretend to be an in-depth review. The Global Reports produced under the Follow-up to the Declaration, alongside reports of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, the Committee on Freedom of Association of the ILO Governing Body, and commissions of inquiry established to look into allegations of non-respect for these Conventions have to some extent addressed issues relevant to the informal economy, and can be expected to do so more fully as it expands.

A recent issues paper by the United Kingdom Department for International Development outlines the social and economic case for core labour standards as a key element of poverty reduction.⁴⁰ It also points to the positive correlation between respect for certain other international labour standards, such as those to ensure occupational safety and health, and poverty reduction strategies. One of the policy recommendations is the encouragement of alliances between workers in the formal sector and those not traditionally protected by labour market institutions.⁴¹

Professor Bob Hepple argues for an expansion of the scope of national labour law “to bring about an equality of capabilities. This embraces the substantive freedoms that individuals need in order to survive and prosper, including freedom to pursue education and training and a career of their choosing, freedom of association and freedom to participate in economic and political decision-making that affects their lives as well as the capacity to obtain decent work”.⁴²

⁴⁰ See *Labour standards and poverty reduction*, Department for International Development, London, May 2004.

⁴¹ *Ibid.*, p. 29.

⁴² See Hepple, *op. cit.*, *supra* note 13, p. 31.

1. *Freedom of association in ILO instruments*

As basic human rights instruments, the fundamental ILO Conventions play a particularly important role for people in the informal economy because they are linked to their empowerment. Most basic is the Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention, 1948 (No. 87), which applies to “workers [...] without any distinction whatsoever”. The scope of the Right to Organize and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98), extends to “all workers”. Conventions Nos. 87 and 98 are designated as fundamental Conventions. The Rural Workers’ Organizations Convention, 1975 (No. 141), applies to “all rural workers, whether they are wage-earners or self-employed”. Speaking of Conventions Nos. 87 and 98, Gerry Rodgers has responded to commentators who see them as relevant only to the needs and institutions of advanced countries: “Freedom of association is as important in the informal economy as it is in the formal, although it may take different forms. It is a basic freedom, in [Amartya] Sen’s sense, one which also permits the other freedoms to be attained. The real issue is how to extend these rights to all segments of the labour market, not to limit their application”.⁴³

Yet for workers in the informal economy, serious “rights deficits” exist in relation to these Conventions and to the broad principle of freedom of association and effective recognition of the rights to collective bargaining.⁴⁴ Although trade union efforts to organize in the informal economy have stepped up in several countries, particularly India and South Africa,⁴⁵ the obstacles to doing so remain great.⁴⁶ Yet a review of literature on effective interventions in relation to workers in the informal economy highlighted the importance of association building – which is simply not possible in the absence of freedom of association.⁴⁷ This freedom is an essential element for what has been described as “voice representation security”.⁴⁸

⁴³ See G. Rodgers, “Decent work as a development objective”, adapted from an article appearing in *Indian Journal of Labour Economics*, vol. 44, 2001, p. 12.

⁴⁴ See *Organizing for social justice*, Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, International Labour Conference, 92nd Session, 2004, *Report I(B)*, pp. 44-47. See also *Decent work and the informal economy, op. cit., supra* note 9, pp. 38-41.

⁴⁵ See, for instance, Tanya Goldman, *Organizing in South Africa’s informal economy: An overview of four sectoral case studies*, ILO, Geneva, SEED Working Paper No. 60, 2004.

⁴⁶ See, for instance, Godfrey Kanyenze, *Giving voice to the unprotected workers in the informal economy in Africa: The case of Zimbabwe*, ILO, Harare, Discussion Paper No. 22, 2004.

⁴⁷ See Richard Rinehart, *Designing programmes to improve working and employment conditions in the informal economy: A literature review*, ILO, Geneva, Conditions of Work and Employment Series No. 10, 2004.

⁴⁸ See Guy Standing, *Modes of control: A labour-status approach to Decent Work*, ILO, Geneva, 2000, SES Papers, p. 33.

The Right of Association (Agriculture) Convention, 1921 (No. 11), states simply that member States undertake to secure to all those engaged in agriculture the same rights of association and combination as to industrial workers, and to repeal any statutory or other provisions restricting such rights. As a recent symposium of agricultural workers showed, however, this is not the reality in many countries, where among the deprivations experienced by such workers, many of whom are in the informal economy, is denial of freedom of association.⁴⁹

Furthermore, the Rural Workers' Organizations Convention, 1975 (No. 141), provides that "(1) all categories of rural workers, whether they are wage earners or self-employed, shall have the right to establish and, subject only to the rules of the organization concerned, to join organizations, of their own choosing without previous authorization" and that "(2) the principles of freedom of association shall be fully respected" (Art. 3). The key role of freedom of association in development is reflected in Art. 4 of this Convention which stipulates that "it shall be an objective of national policy concerning rural development to facilitate the establishment and growth, on a voluntary basis, of strong and independent organizations of rural workers as an effective means of ensuring the participation of rural workers [...] in economic and social development and in the benefits resulting therefrom".

Freedom of association also lies at the heart of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), which contains extensive provisions on these peoples' decision-making and participation (especially Art. 7). It calls on governments to consult them and their representatives whenever consideration is given to measures which may affect them directly (Art. 6, para. 1).

While the traditions and tools of organizing in the informal economy may not be quite the same as in the organized parts of the economy, it can only happen in a legislative and political environment that protects freedom of association and the right to engage in collective action. As explored earlier, they also set the stage for improved governance of societies, based on participation.

2. *Elimination of all forms of forced or compulsory labour*

A similar situation prevails for other fundamental ILO Conventions. The Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), applies to "any person", and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105), is equally inclusive. The limited access persons in the informal economy may have to legal recourse, coupled with a lack of inspection by the authorities, make workers in the in-

⁴⁹ See *Decent work in agriculture*, ILO, Geneva, 2003, International Workers' Symposium on Decent Work in Agriculture, pp. 18-20.

formal economy vulnerable to modern versions of forced labour.⁵⁰ Trafficking in human beings for labour purposes has taken on alarming dimensions in the context of globalization.⁵¹ At the same time, the persistence of age-old practices of bonded labour acts as a major drag on development in some countries. As Amartya Sen has observed, “seeing development as freedom permits a direct approach to this issue”.⁵²

The story of the chestnut peelers in the Atalaya area of Peru illustrates the relevance of measures to combat forced labour to workers in the informal economy. Minors were recruited for this work by small, unregistered companies. After inspection, those engaging in forced labour practices were banned and those using lawful practices were legalized.⁵³ The situation also illustrates the often overlapping problems of forced labour, child labour and social exclusion of certain ethnic groups.

Stopping forced labour is not only about legal prohibition and its enforcement. It is about creating alternatives for people, many of whom are in the informal economy. A wide range of initiatives – from job creation to microcredit schemes controlled by the community – can improve prospects for people in the informal economy while also avoiding forced labour.⁵⁴

3. *Elimination of discrimination*

The Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111), by using the term “occupation”, extends to self-employed and independent workers and is not limited to the formal economy.⁵⁵ As noted in the first Global Report on the principle of the elimination of discrimination in employment and occupation under the ILO Declaration, the principle extends to own-account workers, owners of enterprises and unpaid family workers as well as employees. The report cites the refusal of land ownership, inheritance

⁵⁰ See *Decent work and the informal economy*, *op. cit.*, *supra* note 9, pp. 41-42.

⁵¹ See *Stopping forced labour*, Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, International Labour Conference, 89th Session, 2001, *Report I(B)*. For more recent information, see the website of the ILO’s Special Action Programme to Combat Forced Labour at www.ilo.org/declaration.

⁵² See Amartya Sen, *Development as freedom*, Anchor Books, New York, 1999, p. 30.

⁵³ This example is cited by Schlyter, *op. cit.*, *supra* note 8, p. 13.

⁵⁴ The ILO’s programmes to promote microcredit and to combat forced labour address these issues from complementary entry points. Initiatives to eliminate child labour and trafficking of migrants are also making important contributions to fighting abuse.

⁵⁵ See a review of the legislative history and comments by the ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, in Schlyter, *op. cit.*, *supra* note 8, pp. 11-12.

and credit to illustrate discrimination in relation to occupation.⁵⁶ Similarly, the Equal Remuneration Convention, 1951 (No. 100), applies to “all workers”, but its application in practice calls for creative national policy-making in relation to workers in the informal economy. Another important instrument for equality between men and women, the Workers with Family Responsibilities Convention, 1981 (No. 156), also speaks in terms of national policy in relation to workers, without regard to categorization, with a view to creating effective equality of opportunity and treatment. Specific provisions of the more detailed accompanying Recommendation (No. 165), however, are couched in terms that would apply in an employment relationship in a more formal enterprise.

The Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), zeroes in on educational measures to eliminate prejudices against these peoples (Art. 31), while providing for measures to combat discrimination and ensure full realization of their rights (especially Arts. 2 and 3). In addition, while the Convention does not directly address issues of the formal/informal economy, the concentration of these peoples in the informal economy makes its policy guidance relevant to their circumstances. Under this Convention, ratifying States “have the responsibility for developing, with the participation of the peoples concerned, co-ordinated and systematic action to protect the rights of these peoples and to guarantee the respect for their integrity” (Art. 2, para. 1). This includes assisting them in eliminating “socio-economic gaps that may exist between indigenous and other members of the national community, in a manner compatible with their aspirations and ways of life” (Art. 2, para. 2(c)). Governments are also called upon to strengthen and promote “handicrafts, rural and community-based industries, and subsistence economy and traditional activities of the peoples concerned” (Art. 23, para. 1). Many of these would be carried out in the informal economy.

Convention No. 169 further provides that “special measures shall be adopted as appropriate for safeguarding the persons, institutions, property, labour, cultures and environment of the peoples concerned” (Art. 4, para. 1). Among provisions dealing with land (Part II of the Convention), it is stipulated that “the rights of ownership and possession of the peoples concerned over the lands which they traditionally occupy shall be recognized. In addition, measures shall be taken in appropriate cases to safeguard the right of the peoples concerned to use lands not exclusively occupied by them, but to which they have traditionally had access for their subsistence and traditional activities” (Art. 14, para. 1). It then calls upon governments to identify the lands which the peoples concerned traditionally occupy, guarantee effective protection of the rights of

⁵⁶ See *Time for equality at work*, Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, International Labour Conference, 91st Session, 2003, *Report I(B)*, p. 19.

ownership and possession, and establish adequate procedures to resolve land claims. (Art. 14, paras. 2, 3; see also Art. 17, para. 3, and Art. 18 for further protections)). The references to land and property in Convention No. 169 are noteworthy given the emphasis given by certain writers to the importance of securing property rights in the context of the informal economy.⁵⁷

What these instruments have in common is their force for social inclusion. By calling for active policies of eliminating discrimination rather than for simply passively refraining from discrimination, they too can serve as platforms for advocacy in relation to the informal economy.

4. *Abolition of child labour: protection of young workers*

Turning briefly now to child labour, the Minimum Age Convention, 1973 (No. 138), calls on member States to specify a minimum age for admission to “employment or work”, a phrase that extends its reach to the informal economy. This is crucial, since child labour is most often found in the informal economy. Theoretically, while the “informal sector” could be excluded through resort to a flexibility clause, no country has done so. The Committee of Experts has noted that the Convention “applies to all kin of employment or work regardless of the formal nature of the work, unless recourse is made to the flexibility clauses”.⁵⁸

The Worst Forms of Child Labour Convention, 1999 (No. 182), is also broad in its application, with a focus on practices that are most likely to be found in the informal economy. The measures Convention No. 182 advocates – from preventing children from entering hazardous work and other worst forms of child labour to removing them and ensuring access to free basic education or vocational training – necessarily address children in the informal economy and their parents/guardians. As the first Global Report under the ILO Declaration noted, “the preponderance of child labour in the informal economy beyond the reach of most formal institutions in countries at all levels of income represents one of the principal challenges to its effective abolition”.⁵⁹ The practical measures pursued by the ILO’s International Programme for the Elimination of Child Labour stress prevention, removal from immediate

⁵⁷ See H. De Soto, *The Mystery of capital: Why capitalism succeeds in the West and fails everywhere else*, New York, 2001.

⁵⁸ See ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Direct request concerning Convention No. 138 to Equatorial Guinea (1999).

⁵⁹ See *A future without child labour*, Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, International Labour Conference, 90th Session, 2002, *Report I(B)*, p. 24.

dangers, and progressive elimination of child labour. They necessarily see child labour in the context of broader development issues affecting both children and their parents and guardians.⁶⁰

Another Convention that illustrates the role of the State in protecting minors is the Medical Examination of Young Persons (Non-Industrial Occupations) Convention, 1946 (No. 78). This instrument provides that children and young persons under age 18 must not be admitted to employment or work in such occupations unless a medical examination, to be provided free of charge, has found them fit for such work. The Convention stipulates that it also applies to children in "itinerant trading or any other occupation carried out in the streets or in places to which the public have access". This Convention well illustrates, however, the breach between the intended scope (covering the informal economy) and the realistic prospects of its application in the informal economy, which are extremely low.

IV. International labour standards and protection of people

1. Social security instruments

The comment just made is apt in relation to many aspects of social protection that depend upon government action. With declining public sector budgets in ministries and municipalities responsible for occupational health and safety, and the trend towards privatization of social security schemes, fewer and fewer people are in fact covered by such protections. This situation has stimulated a two-pronged response:

- (i) a global campaign on social security and coverage for all;⁶¹
- (ii) support for community-based initiatives such as those led by the STEP (Strategies and Tools against Social Exclusion and Poverty Programme) as a stepping stone towards the longer-term goal.

The basic ILO instrument in this field is the Social Security (Minimum Standards) Convention, 1952 (No. 102). Certainly, its gender-biased language would suggest contemporary irrelevance; however, the underlying approach of the

⁶⁰ See *Eliminating the worst forms of child labour: A practical guide to ILO Convention No. 182*, ILO, Geneva, 2002.

⁶¹ See *Social security: A new consensus*, International Labour Conference, 89th Session, 2001, Report I(A).

Convention is fully up to date for addressing the informal economy. It is based on notions of solidarity and progressive extension of coverage. This approach is at odds with more recent trends in social protection that shift the burden of risk to the individual, and link delivery to profit-making institutions. These are trends that are of little use to the poor or indeed to those who risk falling into poverty because of a catastrophic event.

This is not to say that social security laws do not need reform. ILO studies in French-speaking African countries on the informal economy suggest that laws should be more flexible in relation to social security contributions and taxation. This would mean extension of social protection to workers in the informal economy by means of a mixed regime involving their own contributions to be supplemented by governmental contributions, the promotion of mutualist forms of social protection, with informal sector organizations encouraged to conclude contracts with private insurance companies, and improvement of the quality of basic benefits for the most vulnerable in the informal economy.⁶² Local strategies for health stress the importance of association building, recalling the crucial role of freedom of association. Recent examples involve health micro-insurance schemes, now being marshalled in the fight against HIV/AIDS in the informal economy.⁶³

Furthermore, the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), calls for social security schemes to be progressively extended, and for resources to design and deliver adequate health services under their own responsibility and control. (Art. 25, paras. 1 and 2). The provision of such health services is to be coordinated with other social, economic and cultural measures in the country (Art. 25, para. 4).

While maternity protection is also a matter of labour market policy and gender equality, the thrust of ILO instruments on this topic are usually seen as part of social protection. The most recently adopted instrument on this subject, the Maternity Protection Convention, 2000 (No. 183), applies to “all employed women, including those in atypical forms of dependent work”. Some of these women will be found in the informal economy. The Convention provides for maternity leave as well as benefits. More typically, however, maternity protection in the informal economy, to the extent that it exists, will be found in locally-based mutualist arrangements. Unfortunately, space constraints do not permit full exploration of these issues, which are key to both poverty reduction and improving the situation of people in the informal economy.

⁶² See Maldonado et al., *op. cit.*, *supra* note 12, pp. 123-124.

⁶³ ILO, *Contributing to the fight against HIV/AIDS within the informal economy: The existing and potential role of decentralized systems of social protection*, ILO, ILOAIDS and STEP Working Paper, Geneva, 2002.

2. Safety and health instruments

Most people in the informal economy have only themselves to rely on for income and the security it can bring for them and their families. Injury and illness directly threaten this, and are often work-related. ILO instruments dealing with occupational health and safety offer important policy guidance as well as advocacy tools for the informal economy.

The Occupational Safety and Health Convention, 1981 (No. 155), applies to “all workers in the branches of activity covered” (Art. 2) and to “all branches of economic activity” (Art. 1) – unless flexibility clauses permitting certain exclusions have been used. However, the Convention further defines “workers” to be “all employed persons” (Art. 3(b)); technically, then, its application could be seen as limited to those who are “employees” of formal enterprises. Nevertheless, its main article would have a reach that would extend to the entire range of economic activity, since it provides for the adoption, implementation and periodic review of a coherent occupational safety and health (OSH) policy (Art. 4). The aim of this policy is to prevent accidents and injury to health “arising out of, linked with or occurring in the course of work” – wording clearly broad enough to embrace the informal economy.

Enforcement of laws and regulations is to be secured by an adequate and appropriate system of inspection (Art. 9, para. 1; see also under Convention No. 81 on labour inspection, described above). Measures to promote safety-friendly design, manufacture, import, provision and transfer of equipment and machinery for occupational use also provide guidance to policy-makers (Art. 12). Convention No. 155 is supplemented by Recommendation No. 164 on the same topic, which contains more detailed measures for the public authorities to take in relation to health and safety at the workplace.

The Guarding of Machinery Convention, 1963 (No. 119), and the Working Environment (Air Pollution, Noise and Vibration) Convention, 1977 (No. 148), apply to “all branches of economic activity”. Whether or not this was intended to mean the informal economy, the ideas in these instruments are also relevant to improving conditions of work.

Some instruments directly address the self-employed, many of whom are in the informal economy. The Safety and Health in Agriculture Convention, 2001 (No. 184), calls for a coherent national policy on safety and health in that branch. The Safety and Health in Agriculture Recommendation, 2001 (No. 192), for instance, calls for the progressive extension of the protection afforded by the Convention to self-employed farmers (Para. 12). The Rural Workers’ Organization Convention, 1975 (No. 141), extends to “any person engaged in agriculture, handicrafts or a related occupation in a rural area” – “whether wage-earners or self-employed” (Arts. 2 and 3). A number of other international Conventions and Recommendations on health and safety explicitly refer to the “self-employed”,

a category which overlaps to a greater or lesser extent with the informal economy of various countries.

In addition, safety and health instruments are often worded to extend to all workers or all activities in the sector covered. Examples include the Safety and Health in Mines Convention, 1995 (No. 176), the Safety and Health in Construction Convention, 1988 (No. 167), the Asbestos Convention, 1986 (No. 162), and the Benzene Convention, 1971 (No. 136). In the case of Convention No. 167, covering a field that occupies many on an informal basis, it applies to “all construction activities” (Art. 1) and “worker” is defined as anyone “engaged in construction” (Art. 2(d)) – regardless of his/her status.

On the other hand, the substantive articles of such Conventions distinguish between rights of workers, obligations incumbent upon employers and responsibilities of the competent authorities (the Safety and Health in Mines Convention illustrates this most clearly). A similar approach is taken by the Safety and Health in Agriculture Convention, 2001 (No. 184), which, however, excludes subsistence farming from its scope. Where no employer/employee relationship is present, the Conventions remain relevant in terms of the action called for by the competent authorities. A further example is the Chemicals Convention, 1990 (No. 170), which provides for the formulation, implementation and periodic review of a coherence policy on safety in the use of chemicals at work (Art. 4).

Finally, the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), provides that “workers belonging to these peoples” not be subjected to “working conditions hazardous to their health, in particular through exposure to pesticides or other toxic substances” (Art. 20, para. 3(b)).

Taken together, these instruments have also served as the springboard for the development of codes of practice in relation to a wide range of work, as well as the articulation of fundamental principles of safety and health.⁶⁴ Many are just as useful in the informal as the formal economy.

⁶⁴ See B. Alli, *Fundamental principles of occupational health and safety*, ILO, Geneva, 2001.

V. Conclusion

This sketch of provisions from a range of Conventions and Recommendations relevant to decent work and the informal economy has cut across what are sometimes more hermetic discussions of issues that approach similar problems from different perspectives. It has classified ILO instruments in a less traditional way, precisely in order to stimulate debate and further reflection. This is a reflection that needs to go beyond the traditional boundaries of international and national labour law. Only in this way can approaches be developed on the informal economy that are, in the words of the World Commission on the Social Dimension of Globalization, “mutually supporting”.⁶⁵

The conclusions adopted by the International Labour Conference in 2002 on decent work and the informal economy reflected the commitment of the ILO and its constituents to making decent work a reality for all workers and employers. As these conclusions note, “the promotion of decent work for all workers, women and men, irrespective of where they work, requires a broad strategy: realizing fundamental principles and rights at work; creating greater and better employment and income opportunities; extending social protection; and promoting social dialogue. These dimensions of decent work reinforce each other and comprise an integrated poverty reduction strategy”.⁶⁶

International labour standards contribute to this in six ways:

- (i) some enable and empower people in the informal economy;
- (ii) some contain substantive provisions that guide policy, particularly for governments that may have neglected informal economy issues;
- (iii) when ratified (or examined in a general survey), international labour standards trigger a supervisory system that involves periodic review and offers opportunities for employers’ and workers’ organizations to raise issues of concern in relation to the informal economy;
- (iv) they can offer platforms for advocacy towards achieving “decent work for all”;
- (v) when not applied (although applicable), they lay bare failures of governance;
- (vi) when applied in the context of the informal economy, they promote development with equity.

Many international labour standards are far from being irrelevant or inapplicable to the informal economy. They may only be in need of serious implementation.

⁶⁵ See *A fair globalization, op. cit., supra* note 6, para. 286.

⁶⁶ See Conclusions concerning decent work and the informal economy, *op. cit., supra* note 3, p. 25/53, para. 2.

International labour standards as a model for the future: The case of financial regulation

*Katerina Tsotroudi**

I. Introduction

The legacy of Nicolas Valticos for the ILO and in particular the International Labour Standards Department marked the apogee of a perception of standards as the principal instrument through which social justice should be promoted internationally. Many things have changed since the period of his directorship. Today, the ILO is often seeking ways to improve the mechanism for the adoption and supervision of standards through a process of self-assessment and evolution,¹ since constant progress is a prerequisite to the continued relevance and effectiveness of standards (as, indeed, of all things). The impression is often created that a standards-based approach is no longer “in fashion”, globalization representing a fundamental challenge to many of the aspirations for a more institutionalized international system. This article points towards the opposite direction, focusing on the contribution that international labour standards can make, as examples or models, in the context of efforts currently underway to develop international regulatory frameworks in areas where such frameworks are still rudimentary, if they exist at all. One of these areas is global financial markets.

Nowadays, exponentially growing financial markets span the globe.² They have helped bring about increased economic integration, open channels of com-

* Freedom of Association Branch, International Labour Standards Department. This article is based on the author's Ph.D. thesis on “Risk, Law and International Cooperation: Containing the Systemic Risk of Derivatives within the International Monetary System”, submitted at the Graduate Institute of International Studies, Geneva.

¹ See for instance, *Report of the Working Party on Policy regarding the Revision of Standards*, Governing Body, 283rd Session (March 2002), GB.283/LILS/5; *Possible improvements in ILO standards-related activities: The supervisory system of the ILO*, Governing Body, 280th Session (March 2001), GB.280/LILS/3; *Improvements in standards-related activities of the ILO: Technical assistance and promotion*, Governing Body, 285th Session (November 2002), GB.285/LILS/5.

² See John Eatwell and Lance Taylor, *Global Finance at Risk: The Case for International Regulation*, New York, New Press, 2000, pp. 3-5.

munication and generate hopes for a more prosperous future. At the same time, they have given rise to “externalities” manifested in endemic financial market instability and increasing inequalities within and among states.³ These externalities reached their apex during the Asian financial crisis of 1997-98, leading in certain cases to political instability and social unrest.⁴

In this context, leading policy-makers and economists have increasingly questioned the results achieved by the largely uninstitutionalized system which prevailed after the breakdown of the Bretton Woods mechanism.⁵ Consequently, calls have been made to build an “international financial architecture” which may allow for the benefits of globalization to be more equitably distributed between industrialized and developing countries and between different social segments within countries.⁶ Closely related to such concerns are calls for a

³ The ILO’s World Commission on the Social Dimension of Globalization has reached a critical assessment of the current situation: “The current global financial system is highly imperfect. More than other markets, the global financial market is heavily dominated by financial interests in the industrialized countries. The governments of these countries, especially the economically strongest, determine the rules governing the market through their influence on the IFIs [International Financial Institutions]. These latter institutions in turn exercise great leverage over the macroeconomic and financial policies of developing countries. At the same time, the banks and financial houses from these same countries enjoy tremendous market power within the global financial system. The system is also characterized by severe market failures and is unstable. The upshot of all this is that most of the risks and the negative consequences of financial instability have been borne by the middle-income countries, currently the weakest players within the system. [...] Thus the global financial system has worked in such a way that, in the aggregate, the net flow of private capital, excluding FDI, has been from poor, capital-scarce developing countries to rich and capital abundant ones. [...] Increased global capital mobility has also been accompanied by an increase in the frequency of financial crises in developing countries, often with high social costs. [...] These serious defects need to be corrected if we are to attain a fairer and more inclusive pattern of globalization”; see *A Fair Globalization – Creating opportunities for all*, ILO, 2004, paras. 401-403.

⁴ See Eddy Lee, *The Asian Financial Crisis: The Challenge for Social Policy*, ILO, 1998.

⁵ See Barry Eichengreen and Peter B. Kenen, “Managing the World Economy under the Bretton Woods System: An Overview” in Kenen (ed.), *Managing the World Economy: Fifty Years after Bretton Woods*, Institute for International Economics, Washington D.C., 1994 pp. 1-57. The authors argue that the remarkable success of the Bretton Woods system was due to the presence of “international institutions that defined the framework for the decisions, public and private, that fostered economic growth”. Eatwell and Taylor (*supra* note 2) note that the disappointing performance of the current system is due to the absence of such institutions and the same is argued by Stiglitz with regard to the functioning of international organizations in particular; see Joseph Stiglitz, “Employment, Social Justice, and Societal Well-being”, *Keynote speech to ILO Global Employment Forum*, Nov. 2001; Joseph Stiglitz, *Globalization and its Discontents*, Allen Lane, Penguin Press, London, 2002. Krugman comments: “Five years ago hardly anybody thought that modern nations would be forced to endure bone-crushing recessions for fear of currency speculators [Asian countries, Brazil]; that a major advanced country could find itself persistently unable to generate enough spending to keep its workers and factories employed [Japan]; that even the Federal Reserve would worry about its ability to counter a financial-market panic [LTCM incident]. The world economy has turned out to be a much more dangerous place than we imagined”; see Paul Krugman, *The Return of Depression Economics*, 2nd ed., Penguin, London, 2000, p. 154. See also *A Fair Globalization*, *supra* note 3, para. 410.

⁶ The process labelled “Reform of the International Financial Architecture” was a comprehensive reappraisal of the performance of international financial arrangements which took place in a series of G-7 summits from 1995 until 1999. Consequently, this topic has been addressed

more transparent and participative system with regard to developing countries.⁷ The faith in the infallibility of markets, very much prevalent during the mid-80s, seems today to be a thing of the past, while a new vision emphasizing the institutional structures surrounding the marketplace and ensuring its efficient functioning seems to prevail.

In this framework, a series of “standards and codes”⁸ have recently emerged, their implementation supervised by the International Financial Institutions (IFIs) through periodic Reports on Standards and Codes (ROSCs). These initiatives aim to help developing countries avoid vulnerabilities in the process of integrating their financial systems into global capital markets.⁹ Thus, it is nowadays generally recognized that standards do indeed have a crucial role to play in building a global financial architecture:

in the following final communiqués of G-7 Heads of State and Government Summits: Halifax, June 1995; Lyon, June 1996; Denver, June 1997; Birmingham, May 1998; and Köln, June 1999. The points of view of developing countries on the reform of the international financial architecture are reflected in *Towards a New International Financial Architecture*, Report of the Task Force of the United Nations Executive Committee of Economic and Social Affairs, Doc. LC/G.2054, Santiago, ECLAC, March 1999.

⁷ See, for instance, José de Gregorio; Barry Eichengreen; Takatoshi Ito; Charles Wyplosz, “An Independent and Accountable IMF”, International Center for Monetary and Banking Studies, Graduate Institute for International Studies, Geneva, 1999; Marco Verweij and Timothy E. Josling, “Deliberately Democratizing Multilateral Organization”, *Governance*, vol. 16, January 2003, pp. 1-21; Joseph Gold, *Interpretation: The IMF and International Law*, Kluwer Law, 1996, pp. 604-607; *A Fair Globalization*, *op. cit.*, *supra* note 3, paras. 347, 354, 358.

⁸ The Financial Stability Forum set up in September 1999 a Task Force to develop a strategy to promote the implementation of standards. In its report *Issues Paper of the Task Force on Implementation of Standards* (March 2000), the Task Force highlighted a set of 12 key standards as particularly relevant for creating sound financial systems. They were later on supplemented by a 13th standard. These standards are:

- in the area of macroeconomic policy and data transparency: the *IMF Code of Good Practices on Transparency in Monetary and Financial Policies*; the *Code of Good Practices in Fiscal Transparency*; the *Special Data Dissemination Standards/General Data Dissemination System*;
- in the area of institutional and market infrastructure: the *OECD Principles of Corporate Governance*; the *International Accounting Standards* of the International Accounting Standards Board (IASB); the *International Standards on Auditing* of the International Federation of Accountants (IFA);
- in the area of payments and settlement: the *Core Principles for Systemically Important Payment Systems and Recommendations for Securities Settlement Systems* prepared by the International Organization of Securities Commissioners (IOSCO) and the Committee on Payment and Settlement Systems of the G-10 countries which functions under the auspices of the Bank for International Settlements (BIS);
- in the area of market integrity: the 40 *Financial Action Task Force Recommendations* and eight *Special Recommendations against Terrorist Financing*;
- in the area of financial regulation and supervision: the *Core Principles of Effective Banking Supervision* prepared by the Basel Committee on Banking Supervision, the *IOSCO Objectives and Principles of Securities Regulation* and the *Insurance Core Principles* of the International Association of Insurance Supervisors (IAIS).

⁹ However, it should be recalled that there is no obligation for countries to liberalize their capital account under Article VIII of the IMF Articles of Agreement and that many economists disagree on the desirability of opening up this account. As noted by the ILO’s World Commission in this respect, the policy of capital account liberalization is one where a dogmatic approach should not be pursued; see *A Fair Globalization*, *op. cit.*, *supra* note 3, para. 409.

“What is new – sparked by the crises in emerging market countries in the mid-1990s – is the realization that standards can serve as a framework to strengthen the functioning of markets and better focus policy discussions. There is now recognition that the rigor, context, and focus that have been added to the work on standards is essential to the crisis prevention efforts of the international community and the IMF, as well as efforts to better inform markets and assist the authorities’ objectives for capacity building”.¹⁰

Furthermore, proposals have been made to create an international organization which would undertake the supervision/regulation of global financial markets on the basis of such standards.¹¹ The most recent and prominent among these proposals is the one formulated by Eatwell and Taylor, to create a World Financial Authority on the basis of the Basel Committee on Banking Supervision, the International Organization for Securities Commissioners (IOSCO) and the International Association of Insurance Supervisors (IAIS). Both the Basel Committee and the IAIS operate under the auspices of the Bank of International Settlements (BIS) in Basel, Switzerland.¹²

Such initiatives bring to mind the efforts made in early twentieth century for the establishment of an international organization to promote the harmo-

¹⁰ See “Assessing the implementation of standards: A review of experience and next steps”, Staff Report, IMF, World Bank, January 2001, p. 3.

¹¹ As early as 1995, Bergsten suggested the creation of a new International Capital Markets Supervisory Authority building on the pioneering efforts of the EU in this area; see C. Fred Bergsten, “Managing the World Economy of the Future”, in Kenen, *supra* note 5, pp. 341-374. Drawing on the experience of the EU, Giovanoli suggested in 2000 an approach which builds upon the current practices of the Basel Committee on Banking Supervision and the BIS. It would not entail the creation of a supervisory organization but rather a process of consensus-building through committees of national experts; see Mario Giovanoli, “A New Architecture for the Global Financial Market: Legal Aspects of International Financial Standard Setting” in *id.* (ed.), *International Monetary Law: Issues for the New Millennium*, Oxford Univ. Press, 2000, pp. 54-58. Padoa-Schioppa and Sacomani proposed the creation of an international central banking authority to buttress the emergence of global financial markets by upholding the rule of law at the international level. This institution would perform the functions of monetary management, supervision of payment systems and banking supervision at an international scale. It should be composed of central bank representatives rather than government representatives and should have rule-making authority at an international level. The authors see the Bank for International Settlements as the ideal entity for such a task, since this is the institution where regular meetings of the G-10 central bank governors have been held to review developments in foreign-exchange and financial markets as well as the international banking and payment systems; see Tommaso Padoa-Schioppa and Fabricio Saccomanni, “Managing a Market-Led Global Financial System” in Kenen, *supra* note 5, pp. 263-264.

¹² See Eatwell and Taylor, *supra* note 2, chapter 7. The BIS was established in May 1930 in order to perform a function of trustee with regard to the Dawes and Young Loans issued by the German Government in 1924 and 1930 respectively in the context of post-World War I reparations. In common with many of its founding central banks in 1930 it was given the legal structure of a limited company with an issued share capital. At the same time, the Hague Agreements established the BIS as an international organization governed by international law. Today, the BIS offers a range of banking services specifically designed to assist central banks in the management of their foreign exchange and gold reserves. It also acts as a banker to, and

nization of conditions and terms of employment among all countries which competed at the time for a share of international trade. These efforts led to the creation of a technical body, the International Association for Labor Legislation, which was the precursor of the ILO and coincidentally held its first secretariat (*Office internationale du travail*) in Basel, the same city that hosts today the Bank of International Settlements and the many technical committees operating under its auspices.¹³ The organization which emerged from this initiative, the ILO, has an explicit constitutional mandate to, *inter alia*, “examine and consider all international economic and financial policies and measures” in order to ensure that they are compatible with the right of all human beings “to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity, of economic security and equal opportunity”.¹⁴

A historical correspondence appears to exist between the circumstances that led to the creation of the ILO and today’s calls for an international organization in the area of global finance. The ILO’s creation related to the need to protect workers’ rights and thereby secure a more fair distribution of the gains from trade in the context of what could be characterized with hindsight as the first experience with globalization.¹⁵ During the preparation of the first international conference on this issue, the Berlin Conference of 1890, Bismark indicated for instance that “the competition of nations in the trade of the world, and the com-

manages funds for, international financial institutions. The BIS has gradually undertaken other functions as well. Most importantly, it provides a forum for international monetary and financial cooperation. In particular, Governors and officials of shareholding central banks meet regularly at the offices of the BIS in Basel and on occasion at the Representative Office in Hong Kong SAR. Sometimes, they are joined by representatives of other central banks. The largest such gathering is the Annual General Meeting which in 2002 brought together 105 central banks and 17 international institutions. The BIS hosts several permanent committees which have been set up by, and report to the G-10 central bank governors. These are the Basel Committee on Banking Supervision, the Committee on Payment and Settlement Systems (focusing on the efficiency and stability of domestic and cross-border payment and settlement systems), the Committee on the Global Financial System (focusing on short-term monitoring of global financial system conditions, longer-term analysis of the functioning of financial markets and the formulation of policy recommendations aimed at improving market functioning) and the Markets Committee (which monitors exchange market activities and identifies implications for central bank policies and operating procedures). The BIS also has a centre for monetary and economic research which has built databases on, *inter alia*, exchange-traded and OTC derivatives and foreign exchange and derivatives market activity. For more, consult the BIS’ official website at <http://www.bis.org>.

¹³ See James T. Shotwell (ed.), *The Origins of the International Labor Organization*, vol. I, Columbia University Press, New York, 1934, p. 33.

¹⁴ Declaration concerning the aims and purposes of the International Labour Organisation, better known as Declaration of Philadelphia, incorporated in the ILO Constitution by the Instrument of Amendment of 1945 which entered into force on 26 September 1946.

¹⁵ Let us recall in this respect the words of the Swiss Minister of Commerce and Industry in opening the Diplomatic Conference of Bern in 1906: “Le mouvement industriel moderne est essentiellement international; les forces productrices, l’application des moyens de production, la répartition des produits ne s’arrêtent nulle part aux frontières nationales. L’isolement d’un pays n’est plus possible”; quoted in Shotwell, *op. cit.*, *supra* note 13, p. 43.

munity of interests proceeding therefrom, makes it impossible to create successful institutions for the benefit of working men of one country without curtailing that country's power of competing with other countries. Such institutions can only be established on a basis adopted in common in all countries concerned".¹⁶

This observation bears a striking similarity with the views expressed today to the effect that in an era of globalization, characterized by quick and often unpredictable cross-border capital flows, any effort to introduce financial market regulation will have to take into account the costs of such regulation, given the possibility of capital fleeing from countries with strict regulatory regimes towards more lenient ones. This situation has led some commentators, as noted above, to argue that the only real prospect of introducing and implementing effective regulation lies in the creation of an international organization to undertake a comprehensive supervision and regulation of financial markets in all countries and financial sectors so as to eliminate the possibility of escaping this institutional framework.¹⁷

The idea that specific standards and international organizations should be set in place so that the liberalization of global capital markets may not lead to a "race to the bottom" with regard to the protection of certain public goods, like social peace or financial stability, applies equally well in the area of labour as in that of finance. Thus, if the ILO bears some relevance to efforts underway to design an international institutional framework in the financial field, the aim of the present paper is to pinpoint any useful input that the ILO might contribute in this context. This can be done by comparing the framework and processes on the basis of which standards emerge in the financial field on the one hand, and within the ILO framework on the other.

II. The current institutional framework in the financial field

Financial standards and codes have emerged from several bodies. Some of them constitute fully-fledged international organizations (IMF, World Bank, OECD) while others (Basel Committee on Banking Supervision, IOSCO, IAIS) could be characterized as international technical agencies which focus essentially on policy coordination among a relatively limited number of states in various fields of financial regulation or supervision.

Among the entities regarded today as possible precursors of an international organization in the financial field, the most influential is the Basel Committee on Banking Supervision. The Committee has been meeting regularly

¹⁶ *Ibid.*, p. 26.

¹⁷ See *supra* note 11.

under the auspices of the BIS in Basel since 1975 and has served as a forum for collaboration among central bank governors and banking supervisors of the group of ten countries.¹⁸ It issues what is considered to be authoritative statements on rules which encourage “convergence” towards common approaches and common standards on banking supervision.

Although the Basel Committee has been very careful to indicate, in the introductory note which figures on its official website,¹⁹ that it is a non-legal institution making non-legal pronouncements, it would be misleading to simply dismiss it as an informal group. The Committee represents the leading supervisors of the largest internationally active banks in the world. The members of the Basel Committee have significant legal authority and discretion within their respective national jurisdictions.²⁰ Because the Committee’s members have the competence at the national level to implement the commitments they undertake at the international level, their pronouncements represent more than just a set of recommendations with no realistic prospect of implementation. Commentators insist that the Committee’s pronouncements do indeed have legal value²¹ since their influence upon national regulatory regimes, even beyond the narrow circle of the G10, is undeniable.

This Committee (as well as the IOSCO in the area of securities regulation and the IAIS in the field of insurance supervision)²² was not created on the basis of a grand scheme to establish a robust institutional framework for the prevention of financial crises. On the contrary, its emergence was spurred by ad hoc incidents and urgent needs that it was called upon to address. The Basel Committee was set up in the aftermath of the failure of the Franklin National and Herstatt Banks in

¹⁸ In fact, it is comprised of the central bank governors and financial market supervisors of thirteen countries (Belgium, Canada, France, Germany, Italy, Japan, Luxembourg, Netherlands, Spain, Sweden, Switzerland, United Kingdom and United States).

¹⁹ See “History of the Basel Committee and its Membership”, Basel Committee on Banking Supervision, April 1997, available at <http://www.bis.org>.

²⁰ See Joseph Jude Norton, *Devising International Bank Supervisory Standards*, Graham & Trotman/ Martinus Nijhoff, 1995, pp. 257-259.

²¹ *Ibid.*

²² Similarly, the IOSCO brings together the securities regulators from nearly all countries with a stock exchange. It was created in 1973 in order to function as a forum for cooperation between national securities regulators, including through the harmonization of regulation. Its regular membership consists of member agencies (government regulators of securities and futures markets) from approximately 80 countries. The organization has a permanent secretariat located in Madrid, Spain. Its members have resolved to cooperate in order to promote high standards of regulation, exchange information on their respective experiences, unite their efforts to establish standards and an effective surveillance of international securities transactions, and provide mutual assistance to promote the integrity of the markets by a rigorous application of the standards and by effective enforcement against offences. More information available at <http://www.iosco.org>. The IAIS was established in 1994. It is an association whose members are insurance supervisors from over 80 countries. The IAIS aims to ensure improved supervision of the insurance industry, develop practical standards for supervision, provide mutual assistance, and exchange information to promote the development of domestic insurance markets. Since January 1998, it has a full-time Secretariat, located at the BIS in Basel.

1974. At that time of transition from the Bretton Woods system towards a largely uninstitutionalized mechanism, it had the limited function of dealing with technical matters that might arise pursuant to incidents which were expected to be very rare and sporadic. Due to the successive financial crises of the 1980s and 1990s, however, it has been repeatedly called upon to coordinate the measures that the G-10 central bank governors and banking supervisors have had to take so as to address such incidents and prevent their recurrence.²³ Gradually, the Basel Committee acquired increased prominence as the main forum through which the convergence of banking supervision could be promoted on a global scale, a task the significance of which became all too obvious during the Asian financial crisis of 1997-98. Since that time, the Committee has been at the forefront of initiatives to strengthen the architecture of the global financial system. It is nowadays considered as one of the essential pillars of a future institutional framework for regulating global financial markets.²⁴ As a result of its ad hoc origins, however, it may not be sufficiently equipped for such a task, especially as its functions and competences are rather narrow from both a substantive and geographical point of view. These shortcomings are significant as global financial markets become increasingly integrated and as more and more developing countries aim to join in. This situation has led to calls for the creation of a fully-fledged international organization with a sufficiently comprehensive mandate to ensure effective regulation.

III. The issue of universal membership

It seems that the absence of sufficient developing country representation in decision-making processes notably with regard to the standards and codes which should be promoted as an essential framework for the supervision of global financial markets, is a generalized feature of the current financial architecture. The ILO's World Commission on the Social Dimension of Globaliza-

²³ Similarly, the IOSCO emerged from a regional initiative to set up an inter-American organization, called the Inter-American Association of Securities Commissions and Similar Organizations, to promote convergence of securities regulation in the Americas with a view to the progressive expansion of securities markets in the region. Its activities during its first decade of existence were limited to annual conferences. The decision to become a global organization was taken in 1983. In 1986 it was decided to create a Secretariat. Japan and Germany were admitted as members in 1988. The IAIS was set up in the context of efforts to strengthen the supervision of the global financial system. The need became obvious to fill-in the lacuna which existed because of the absence of an international body that might ensure the coordination of the policies of insurance supervisors from systemically significant countries, given that the insurance business is a major component of international financial markets.

²⁴ See Ethan B. Kapstein, *Governing the Global Economy: International Finance and the State*, Harvard Univ. Press, 1994.

tion has noted that important decisions on economic and financial issues with a global impact have been adopted at the fringes of the multilateral system by limited membership groups of rich nations such as the Group of 7 (G7), the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), the Basel Committee, and the Group of 10 (G10) within the IMF.²⁵ It also expressed “serious concerns over how the process of developing and implementing these standards and codes has been proceeding. Of particular concern is the fact that developing countries are not being adequately involved in the design of these new standards and codes”.²⁶ The Governor of the People’s Bank of China has also characteristically expressed the view that, “the monopoly of a handful of developed countries on the rule-making in the international financial field must be changed”.²⁷ Commentators have emphasized “the potential role that representative democracy can play in expanding the perspectives and interests considered during the making of multilateral policy”.²⁸

Participation in the elaboration and adoption of standards is first and foremost the result of representation in an international organization entrusted

²⁵ See *A Fair Globalization*, *op. cit.*, *supra* note 3, para. 348.

²⁶ *Ibid.*, para. 405.

²⁷ See X. Dai, “Meeting the Challenges of Globalization”, Address at the 21st Century Forum, hosted by the Chinese People’s Political Consultative Conference, Beijing, June 2000.

²⁸ See Stiglitz in Verweij and Josling, *supra* note 7, p. 17. See also *A Fair Globalization*, *op. cit.*, *supra* note 3, para. 522. The World Commission has noted in particular that “the industrialized countries, which are the main shareholders [of the Bretton Woods institutions], exercise decisive influence on important policy decisions, as compared with stakeholders. We recommend the establishment of a fairer system of voting rights. This should result in increased representation for developing countries, with a significant proportion of voting rights still vested in the industrialized countries”; *ibid.*, para. 525. See also José Antonio Ocampo, “Recasting the International Financial Agenda”, *G-24 Discussion Paper Series* No. 13, United Nations, July 2001; Peter Evans and Martha Finnemore, “Organizational Reform and the Expansion of the South’s Voice at the Fund”, *G-24 Discussion Paper Series* No. 15, United Nations, Dec. 2001, p. 13; Stiglitz, *op. cit.*, *supra* note 5; De Gregorio et al., *op. cit.*, *supra* note 7. Concerns have also been expressed about the tendency to overlook proposals to increase the voice of developing countries within the IMF and on the contrary, promote efforts to organize such countries outside the institutionalized framework, in groups which meet in periodic conferences (G20, G22 etc.). See, for instance, Aziz Ali Mohammed, “The Future Role of the International Monetary Fund”, *G-24 Discussion Paper Series* No. 11, United Nations, April 2001, p. 435; Alexandre Kafka, “Governance of the Fund” *International Monetary and Financial Issues for the 1990s*, Research Papers of the Group of Twenty-Four, vol. IV, United Nations, 1994, p. 215; Roy Culpeper, “Systemic Reform at a Standstill: A Flock of “Gs” in Search of Global Financial Stability” *G8 Scholarly Publications and Papers*, University of Toronto Information Centre, 2000, pp. 6, 12 (available at <http://www.library.utoronto.ca/g7/scholar/culpeper2000/index.html>). Developing country involvement and participation in building an international financial architecture would be arguably facilitated if such groups eventually led to the establishment of permanent participatory structures within the IMF; see, for instance, G. Helleiner, “Developing countries in global economic governance and negotiations” in D. Nayyar (ed.), *New Roles and Functions of the UN and the Bretton Woods Institutions*, United Nations University, World Institute for Development Economics Research, Helsinki, 2000; M.S. Ahluwalia, “The IMF and the World Bank in the New Financial Architecture” in *International Monetary and Financial Issues for the 1990s*, Research Papers of the Group of Twenty-Four, vol. XI, United Nations, 1999.

with elaborating these instruments. Representation, in turn, is a logical consequence of admission to membership.²⁹ The proposals made so far to establish an international organization in the area of international financial regulation do not touch upon this issue and none of them seem to envisage an organization with universal membership.³⁰

There seems to be a general understanding that plans for a future international organization to undertake regulatory or supervisory functions over global financial markets should be limited to the relatively few countries which participate today in the global capital markets and are therefore systemically significant. Arguments for maintaining limited membership, along the lines of the Basel Committee³¹ (or to establish a multiple-gear organization with a core group of countries with full decision-making powers and a wider circle of countries which will be confined to the role of endorsing the findings of the core group), rely on the need to maintain the effectiveness, versatility and successful informality of bodies like the Basel Committee which command great confidence in the financial services industry, to maintain the smoothness of their working methods, their ability to achieve results fairly speedily and to build consensus, as well as their credibility vis-à-vis the financial sector, and the quality of their membership (reflecting the sophistication of the members' financial markets).

This situation, however, does not address the fundamental problem of democratic legitimation which largely derives from the fragmented and ad hoc way in which the mechanism which succeeded the Bretton Woods system was put in place. When the Basel Committee was created for instance, it was supposed to deal with the implications of financial crises on the account of the G-10 countries and not their developing country counterparts. However, the systemic implications of this situation have nowadays become obvious. The impact of major industrialized countries' policies on smaller economies and the scope of the activities of the internationally active banks and securities firms, which are based in the major industrialized countries, is so central to the whole financial system that the views of the G-10, as reflected in particular in the pronouncements of the Basel Committee, exert a decisive influence upon a much larger circle of countries than its narrow membership might imply, essentially setting the rules to be followed by all developing countries which are willing to participate in the global

²⁹ See E. Osieke, *Constitutional Law and Practice in the International Labour Organisation*, Martinus Nijhoff, 1985, pp. 15, 49.

³⁰ The terms "universal membership" or "universality" are used here in the sense that an organization may operate on a worldwide scale and that its functional jurisdiction or competence may cover the whole of the international community. This does not mean that an organization should necessarily comprise all states as members, but rather that membership should be open and possible for all states regardless of their stage of development.

³¹ The membership of the Basel Committee is limited to 13 countries, whereas the membership of the IOSCO and the IAIS expands to approximately 80 countries.

financial system.³² Thus, developing countries find themselves unable to exercise sufficient influence over the machinations of global financial markets both within the international bodies with competence in this field and in practice.

In this respect, the ILO provides a useful example of an alternative approach based on the values of universality, pluralism and inclusiveness, i.e., the right of all countries despite their ideology or state of development, to become members and participate in the Organization's activities, including the adoption of standards.³³

³² Developing countries which aspire to participate in global capital markets are largely expected today to adopt and implement an increasing range of standards elaborated by agencies like the Basel Committee. Sometimes the "endorsement" of these standards by international conferences with the participation of regional groups of central bankers and banking supervisors from across the world is used as a tool to provide wider legitimacy to these standards (this method is reminiscent of the above-mentioned proposal to set up a "double gear" organization). Thus, as early as September of 1984, the "Basel Concordat" was endorsed by banking supervisors from about 75 non G-10 countries at the third International Conference of Banking Supervisors in Rome. More recently, in October 1997, the Core Principles on Banking Supervision were endorsed during the annual meeting of the IMF and World Bank in Hong Kong by the Working Party on Financial Stability in Emerging Market Economies, which requested the IMF and the World Bank to play a critical role in their implementation. In October 1998, as the Asian crisis evolved, affecting both developed and emerging economies, a Group of 22 "systemically significant economies" issued three reports on enhancing transparency and accountability, strengthening national financial systems and managing international financial crises in anticipation of the IMF annual meeting in October 1998. In its report on Strengthening Financial Systems, the Group of 22 endorsed the Core Principles as well as the IOSCO Statement of Objectives and Principles of Securities Regulation (1998) and underscored the importance of their timely implementation. Most importantly, the International Conference of Banking Supervisors in Sydney also endorsed the Basel Core Principles and pledged to actively contribute to their implementation while requesting more comprehensive guidance from the Basel Committee. Thus, the three sets of Core Principles elaborated by the Basel Committee were included among the 13 Standards and Codes identified by the Financial Stability Forum as essential benchmarks (see above note 8). In recent years, the Basel Committee has been actively expanding its links with supervisors in non-member countries through the creation of a network of worldwide supervisory authorities including the Nordic Supervisory Group, the Offshore Group of Banking Supervisors, the Commission of Latin American and Caribbean Banking Supervisory and Inspection Organizations, the Southeast Asia, New Zealand and Australia Forum of Banking Supervisors, the Gulf Co-operation Council Committee of Banking Supervisors, the Group of Banking Supervision Officials in Arab Countries, the Caribbean Banking Supervisors' Group, and the Group of Banking Supervisors from Central and Eastern European Countries. These supervisory authorities meet in an international conference every two years; see Norton, *supra* note, 20, pp. 221-223.

³³ As early as 1963, the ILO responded to the quest of developing countries for more adequate representation by launching a review of its structures and functioning. The review was concluded in 1986 with the adoption of a Constitutional amendment which aimed to widen the membership of the ILO Governing Body (so as to allow for wider developing country participation in the organ entrusted with overseeing the functioning of the Organization). The 1986 amendment also aimed to abolish the notion of "members of chief industrial importance", and to establish a fully representative system of election of representatives from four geographical regions (Africa, America, Asia and Europe). Although this initiative demonstrated the readiness of the ILO to address the concerns and demands of developing countries, the Constitutional amendment of 1986 never entered into force and its future adoption does not seem probable since several of its provisions were designed to address the particular context of the Cold War and nowadays appear outdated. Today it lacks 29 ratifications, including three from members of chief industrial importance; see *Instrument for the Amendment of the Constitution of the International Labour Organisation*, International Labour Conference, 77th Session, 1986. See also Osieke, *supra* note 29, p. 126; *General Review of the Reports of the Working Party on the Programme and Structure of the ILO*, International Labour Conference, 53rd Session, 1969, *Report IX*, p. 1.

The ILO Director-General has recently noted that “our near universal membership ensures voice and participation by all countries, small and large. The selection of Governing Body Government members is done through the democratic process of secret balloting, with provision for geographical balance. The permanent membership of ten States of chief industrial importance ensures participation in the Organization’s governing councils by some of its larger and economically more significant members and has not given cause for controversy, perhaps in part because these members have no veto or special voting rights”.³⁴

For the ILO, the concept of universality goes beyond the issue of membership and comprises activities which aim to address the needs and special circumstances of all states and peoples. In the words of the Conference Credentials Committee, “universality goes beyond the question of the number of States which are Members of the Organisation. Paramount in that concept is the idea that the aims and purposes of the ILO and the action that it takes must correspond with the needs of all the people throughout the world, whatever social or economic regime exists in their countries. The principle of universality means also that the functioning of the ILO should not be designed solely to fit any given social system or to impose a pattern of social structure to be uniformly applied; but it must maintain its purpose to help the governments and people of all countries to develop solutions to their labour problems that exist in their own special circumstances”.³⁵

As noted by a leading commentator, “the attitude of the ILO, or at least the majority of the members, reflects a clear recognition that the efficacy of the Organization depends on the universal acceptance of its standards, and that the Organization is a body and an instrument of co-operation for states and national organizations with different structures and ideologies”.³⁶ This approach matches the comments recently made by the World Commission on the Social Dimension of Globalization to the effect that “there should [...] be a more open and flexible approach to the formulation of financial standards and policy guidelines, one that is more sensitive to the different circumstances and needs of developing countries. As has been pointed out, neither the G7 ministers nor multilateral officials have a monopoly of knowledge of which [development] model is best”.³⁷

³⁴ See *A Fair Globalization: The Role of the ILO*, International Labour Conference, 92nd Session, 2004, *Report of the Director-General*, p. 52.

³⁵ See International Labour Conference, 37th Session, 1954, *Record of Proceedings*, p. 436.

³⁶ This observation was made in the context of the repeated refusal by the ILO during the Cold War to exercise its discretionary power to exclude from its organs delegations of certain countries, particularly the employers’ delegations from the then socialist countries of Eastern Europe, against whom several objections had been made on the grounds, *inter alia*, that they were not “employers” in the strict sense of the word; see Osieke, *op. cit.*, *supra* note 29, p. 78.

³⁷ See *A Fair Globalization*, *op. cit.*, *supra* note 3, para. 407.

The example of the ILO might suggest that in the context of plans to design an international financial organization, there are good reasons to aim at the participation of not only those countries which are nowadays in a position to participate in global financial markets, but also the large majority of (poorest) countries which do not have access to such markets for the time being. The ideal aspiration should be to build a truly cooperative system in which participation is a right rather than a privilege and which aims at the progressive integration of all countries in common structures, if they so wish, so that they can partake in an equitable distribution of the wealth generated by globalization. Universal membership would also be necessary to enable developing countries to take effective part in the elaboration and adoption of financial standards which are destined for application in both their own national legal systems as well as those of industrialized countries.³⁸ Finally, universalism as a general stance, meaning that standards should be elaborated with due regard to the conditions and needs of all countries, would be essential if the standards of a financial organization are to exercise an influence beyond the circle of the actual members in a way that is generally conceived as useful and constructive.

IV. The process for the adoption of standards

Beyond the issue of membership, an important aspect of plans for the design of a possible financial agency is the process through which such an organization would adopt standards. Under current conditions, the Basel Committee meets in an informal framework and its members reach consensus on what appears to be “gentlemen’s agreements”. The exact manner in which the Committee works is not publicly known. There are no specific procedures, or constitutive document laying down the Committee’s objectives and tools through which it should strive to achieve them. There is no record of the discussions that take place within it or any indication of the manner in which its documents are adopted. This informality is in stark contrast to the influence that the Committee’s pronouncements exert on banking supervision in most countries of the world.³⁹

³⁸ See Claudia Dziobek; Olivier Frécaut; Maria Nieto, “Non G-10 Countries and the Basel Capital Rules: How Tough a Challenge is it to Join the Basel Club?”, *IMF Paper on Policy Analysis and Assessment*, PPAA/95/5, 1995.

³⁹ As for the IOSCO, it reaches decisions on the basis of more formal and participative procedures but its influence is generally regarded as less widespread than that of the Basel Committee despite its wider membership. Finally, information does not seem to be widely available on how the IAIS reaches its decisions.

As already seen above, the Committee's pronouncements as well as, more generally, the standards and codes which are promoted nowadays as part of the essential institutional framework of global capital markets, have been elaborated without widespread involvement by the developing countries which constitute their primary addressees. Thus, although the implementation of standards and codes is actively promoted and supervised by the IFIs, the countries which are called upon to implement them have often not expressed an unequivocal consent to this effect. In the absence of clear consent, the primary basis on which their implementation may be justified is their technical merit and their authoritative content.

The technical merit of such standards and codes is usually evaluated on the basis of an economic analysis. Schools like the influential movement of law and economics do indeed provide an interesting vehicle for the economic evaluation of legal rules. Currently, the most influential branch of law and economics is the neo-institutional school according to which legal structures (both formal, like treaties, and informal, like customs or codes of conduct) should be part of the essential institutional framework and be set in place in order to prevent market imperfections and structural deficiencies, minimize transaction costs and therefore maximize efficiency. This school essentially consists in comparing alternative contractual arrangements, market structures, firm organizations and regulatory mechanisms in order to find the one that is likely to produce the most efficient outcomes.⁴⁰ The neo-institutional approach seeks to avoid unnecessary constraints upon economic activity while, at the same time, setting appropriate incentives for prudent decision-making on behalf of both public and private decision-makers. The standards and codes which are being promoted nowadays are in conformity with such an approach as they essentially establish market-based incentives so as to bring about more prudent and rational market behaviour.⁴¹

Such an economic view may provide useful input to the law, to the extent that a law deprived of any effectiveness, including economic effectiveness, is certainly unrelated to the real conditions that underlie it and risks becoming dead letter. However, the danger of such an approach seems to be its reductionist view of the law, as it tends to relegate the law to the secondary function of facilitating market activity. Legal rules should certainly not be confined exclusively to the pursuance of economically optimal outcomes, but rather aim

⁴⁰ See Nicolas Mercuro and Steven G. Medema, *Economics and the Law: From Posner to Postmodernism*, Princeton Univ. Press, Princeton, New Jersey, 1997, pp. 130-156.

⁴¹ As the ILO's World Commission on the Social Dimension of Globalization has noted, "so far, reform has been mainly focused on crisis prevention measures such as a greater disclosure of information, attempts to develop early warning systems, and the formulation of international standards and codes in financial sector supervision. While these initiatives are useful, their impact will be gradual and probably insufficient"; see *A Fair Globalization*, *op. cit.*, *supra* note 3, para. 405.

at achieving a combination of goals which may be valid in economic, social, cultural or ethical terms. These goals should be decided by democratically authorized bodies, such as national parliaments.

Moreover, as institutional economists indicate, the focus of the neo-institutional school on efficiency may be misplaced. As noted by the proponents of the institutional school of law and economics, the quest for efficiency involves a focus on aggregate sums which conceals the distributive consequences of legal rules, or, in other words, the fact that each legal rule entails a certain allocation of rights which operates in favor of the interests of some social groups and to the detriment of others.⁴² The institutional school emphasizes that there is not one efficient outcome, since different specifications of rights will lead to different (and economically non comparable) minimizing or maximizing valuations and thus, different efficient outcomes. Thus, for this school, the determination of a particular efficient solution necessarily involves a normative and selective choice as to whose interests will be accommodated, who will realize gains and who will realize losses.⁴³ The legitimation of such outcomes can only rely on the representative process through which they were attained and on the possibility for all stakeholders to participate in their adoption.

The above serves to illustrate, once again, that the issue of developing country representation in a transparent and representative framework is important if standards are to be conceived as fair and equitable in the eyes of developing countries, especially since such standards involve far-reaching implications for the distribution of the benefits of globalization among and within countries.

The ILO procedures for the adoption of standards could provide useful examples in this respect as they ensure a very high level of transparency, wide representation within a quasi-parliamentary framework and effective participation by all stakeholders in the adoption of standards. It is clear that standards, i.e., international labour Conventions and Recommendations, constitute the primary tools through which the Organization pursues its objective of improving conditions of labour in all member States. A member State which has ratified a Convention undertakes to observe certain legal obligations under the regular supervision of the ILO (especially through the submission of periodic reports on the implementation of a Convention as provided by article 22 of the Constitution and through the possibility to make representations and complaints for non-observance of a ratified Convention under articles 24 and 26). A Recommendation, on the other hand, gives rise to non-binding obligations

⁴² See W.J. Samuels and S.G. Medema, "Ronald Coase on Economic Policy Analysis: Framework and Implications" in S.G. Medema (ed.), *Coasean Economics: Law and Economics and the New Institutional Economics*, Kluwer, Dordrecht, 1998.

⁴³ See Geoffrey Hodgson, *Economics and Utopia: Why the learning economy is not the end of history*, Routledge, London, 1999, pp. 136-154.

and provides guidelines for national policies and action. It is normally used to deal with subjects which do not lend themselves to the formulation of precise obligations, for example, in cases in which the diversity of national conditions prevents the establishment of rules which can be universally and fully accepted but in which it is useful to have a set of guidelines for governments.

The powers of the ILO to adopt international labour Conventions and Recommendations are derived from its Constitution. International labour standards are adopted by the International Labour Conference which meets at least once a year as required by the ILO Constitution (Articles 3 and 19). The procedures applied by the Organization for the adoption of these instruments, particularly the “double discussion” procedure, are laid down in detail in the Standing Orders of the International Labour Conference and resemble those applied for the adoption of national legislation in many countries.⁴⁴ In particular, they comprise detailed consultations with all ILO member States and the employers’ and workers’ organizations within such states over the content and nature of the instrument under consideration. The consultations draw heavily upon national experiences and rely on a comparative study of the laws and practices which apply in different national systems. The procedure also comprises detailed discussions of the instruments for adoption during two successive sessions of the International Labour Conference in tripartite committees comprising representatives of governments, and employers’ and workers’ organizations from ILO member States. They comprise furthermore a vote from all member States at the plenary session of the International Labour Conference. Thus, international labour Conventions and Recommendations are adopted by vote in a body with near-universal membership and with the participation of not only government delegates but also employer and worker delegates from all ILO member States. The discussions and reports on the basis of which the instruments are adopted are publicly available. Most importantly perhaps, a detailed record of votes is publicly available and provides information and documentation on the specific votes cast by each delegate.

Thus, although the procedure is lengthy, it has the merit of ensuring that instruments are adopted only after careful consideration and deliberation, in a transparent, representative and participative framework which allows for full accountability.

⁴⁴ See Osieke, *op. cit.*, *supra* note 29, p. 167.

V. The issue of parliamentary involvement

A further issue concerning a future international financial authority may be the need to address the democratic deficit of the current processes which have so far evolved in an ad hoc manner in the absence of any parliamentary involvement. As already noted above, the exponential growth of global financial markets gave the international quasi-regulatory agencies increased prominence and an influence which went well beyond what was initially envisaged. Whereas their tasks were initially considered as narrow and technical, it has eventually become clear that the matters that these bodies are dealing with have far-reaching repercussions on the every day lives of the ordinary citizens and tax payers in developing and industrialized countries alike. Despite this increasingly obvious fact, the work of these agencies continues to be discussed before national parliaments only rarely, if ever.⁴⁵

By virtue of their nature as technical agencies or more importantly, by virtue of central bank independence, the members of the Basel Committee (as well as the IOSCO and the IAIS) are often not directly accountable to national parliaments which function as representatives of the people under most constitutional systems. Furthermore, because most of their pronouncements are adopted as non-legal documents, or soft law instruments, they do not necessitate any ratification or approval by parliaments for their adoption or implementation. The members of these agencies, however, i.e., the central bank governors and banking supervisors (as well as the securities regulators and insurance supervisors of the IOSCO and the IAIS), have at their disposal the authority to implement such pronouncements directly and without parliamentary involvement at the national level. In short, the members of these international bodies do not have the competence to bind their governments, but may nevertheless reach agreements on common guidelines which they have the capacity to implement at the national level, without any need to pass through parliamentary channels.⁴⁶

Thus, national banking supervisors and other regulators may be expected to pursue international agreements which have not been the object of democratic deliberation or public scrutiny and of which the public is often unaware. This largely accidental result of the ad hoc manner in which international bodies, such as the Basel Committee, have evolved and of the unpredicted enormity of the issues that they have been called upon to address, leads to a gradual erosion of democratic control over the regulatory process.⁴⁷

⁴⁵ An exception being the U.S. House of Representatives. See, for instance, *Statement by William J. McDonough*, President Federal Reserve Bank of New York, before the Subcommittee on Financial Institutions and Consumer Credit, Committee on Banking and Financial Services, U.S. House of Representatives, 24 March 1999.

⁴⁶ See *A Fair Globalization, op. cit.*, *supra* note 3, para. 350.

⁴⁷ The ILO's World Commission on the Social Dimension of Globalization has taken due note of this issue which seems to constitute a generalized feature of the current international monetary and financial system; *ibid.*, para. 543.

This shortcoming might be reinforced if a fully-fledged international organization is created without a link to national parliaments. Most proposals for a new international organization in the financial field envisage a body composed of central bank governors and financial market supervisors based on the example of the agencies which already exist in this area. Unavoidably, therefore, such proposals do not take into account the issue of parliamentary discussion at the national level.⁴⁸

The ILO can provide useful examples of legal structures and techniques which ensure parliamentary involvement. A central element of the ILO Constitution is indeed the direct link to national parliaments that it establishes. According to article 3(1) of the ILO Constitution, governments are represented in the annual International Labour Conference by two delegates who are entitled to vote individually on all matters taken into consideration by the Conference (article 4). Government representation usually takes place at ministerial level and this implies a direct link to parliaments. Designs for a future international financial organization might take into account the possibility to have governments represented by two delegates, one from the central bank and one from the Ministry of Finance, each one voting independently of the other, so as to ensure a more comprehensive representation and a link to national parliaments.

Most importantly however, the ILO Constitution contains an explicit obligation to present the newly adopted international labour standards to parliamentary authorities for discussion within a year from their adoption. One of the most fundamental obligations imposed on member States by the ILO Constitution is indeed that within one year, or in exceptional cases eighteen months from the closing of the session of the Conference, governments must submit both Conventions and Recommendations “to the authority or authorities within whose competence the matter lies, for the enactment of legislation or other action” (article 19(5) and (6)(b)). They must also report back to the ILO on the measures they have taken in that respect and on the action taken by the “competent” authority or authorities. Since the implementation of a Convention normally requires legislation, it has been generally accepted within the ILO

⁴⁸ At this point, one may recall the observation made by Kenen on the confidence of economic experts vis-à-vis democratic processes: “economists have become quite pessimistic about the ability of democratic governments to fight inflation vigorously. Economists have never been very respectful of politicians, but this familiar disdain has turned into something else: contempt for the democratic process itself. Few of us dare to display it boldly. We rely on arcane notions, such as time inconsistency, to convey our belief that democratic governments are doomed to behave deplorably and have to be saved from themselves. Two ways to save them have gained popularity: using an exchange rate rule [fixed exchange rates] to enhance the quality of monetary policy, and granting independence to “conservative” central bankers, whose role in many economists’ ideal polity evokes the role of the philosopher king in Plato’s Republic”; see Peter B. Kenen, “Floating exchange rates reconsidered: The influence of new ideas, priorities, and problems” in Francesco Papadia and Fabrizio Saccomanni (eds.), *The International Monetary System – Proceedings of a conference organized by the Banca d’Italia*, Cambridge Univ. Press, 1994, p. 140.

that the “competent authority” will in most cases be the national parliament, legislative assembly, or congress. It will be for that body to decide whether action should be taken at the national level to translate the international labour standards into national legislation.⁴⁹

The rationale behind this provision has been to ensure democratic debate, the dissemination of information and public awareness-raising over the issues covered in international labour standards, since information and awareness-raising can be important motors for change even where conditions are not ripe at the national level for the immediate implementation of newly adopted standards. This innovative legal provision bears witness to the importance that the ILO places on the issue of democratic representation and the rule of law and shows that legal techniques creating a direct link with parliaments are indeed available.

VI. Civil society’s participation

As already noted above, because of the ad hoc manner in which international agencies in the area of financial regulation have evolved, and the consequent absence of an institutionalized mechanism ensuring pre-established procedures and transparent processes for their functioning, laypersons are hardly ever aware of the work of these agencies. However, industry groups bringing together the biggest banks and securities firms in the world,⁵⁰ have set up several groups through which they closely follow up on the work of these agencies, making detailed comments on the consultative papers issued by them (comments which are taken into account by the agencies) or taking initiatives to propose self-regulatory structures which precede and often influence the standards adopted by these agencies.⁵¹

⁴⁹ See Osieke, *op. cit.*, *supra* note 29, pp. 158-159.

⁵⁰ For instance, the Group of Thirty, established in 1978 and located in Washington D.C., is the most influential group in this area. It is a private, non-profit body composed of very senior representatives of the private and public sectors and academia; it is supported by contributions from private sources and meets in plenary sessions twice a year to discuss important economic, financial and policy developments. The Derivatives Policy Group comprises six large non-bank derivatives dealers (Goldman Sachs, Merrill Lynch, CS First Boston, Morgan Stanley, Lehman Brothers and Salomon Brothers). The Counterparty Risk Management Policy Group consists of twelve major commercial and investment banks and was formed in January 1999 after the near collapse of Long-Term Capital Management. The International Swaps and Derivatives Association brings together a significant number of securities firms trading in financial derivatives.

⁵¹ For example, *Derivatives: Practices and Principles*, Global Derivatives Study Group, Group of Thirty, Washington D.C., July 1993; *A Framework for Voluntary Oversight of the OTC Derivatives Activities of Securities Firm Affiliates to Promote Confidence and Stability in Financial Markets*, Derivatives Policy Group, March 1995; *Improving Counterparty Risk Management Practices*, Counterparty Risk Management Policy Group, June 1999.

Thus, the work of the international regulatory agencies is often carried out in close consultation with private industry groups. In itself, this is a good practice which constitutes a pre-requisite for adopting regulation geared to reflect the concerns and needs of the actual “recipients” of regulation, inter alia, the financial industry, and for drawing upon the experience of the private sector in devising appropriate regulatory structures.

However, one would expect, in order to avoid any risk of regulatory capture or corporatism,⁵² that a corresponding channel of communication would exist between these agencies and organizations expressing the points of view of the lay public. The fact that, to date, no such channel exists constitutes an important omission which is even more pronounced as the regulatory methods which tend to be promoted by the international regulatory agencies essentially rely on self-regulation by the financial industry itself, with supervisors being increasingly confined to the role of verifying and disseminating information.⁵³ The increased reliance placed on private market actors should warrant at least some consultations with stakeholders from the lay public.

The main element which is often advanced as a reason why participation by the lay public in the process of adopting regulatory standards may be inappropriate or unfeasible, is the technical nature of the issues under discussion, which essentially relate to the assessment and management of financial risks. Indeed, there is a widespread view that the only way to ensure some effective control over today’s financial markets, might be to entrust the financial industry itself with voluntary self-regulation, since the financial industry is in possession of the highest skills and expertise in risk management, while regulators are seen as largely bypassed by events and able to maintain only a distant supervision. Thus, there is a tendency to accord primacy to what is seen as expert opinion over and above the lay public’s views concerning the assessment and management of financial risks.⁵⁴

⁵² “Regulatory capture” can be described as a close relationship between the regulator and the regulated, functioning as one group. “Corporatism” can be defined as the acquisition of power by groups which are politically non-accountable; see Janet Dine, “The Regulation of Derivatives: Identifying Difficulties and Creating Models of Regulation” in Alastair Hudson (ed.), *Modern Financial Techniques, Derivatives and Law*, Kluwer Law International, London, 2000, p. 146; Ian Ayres and J. Braithwait, *Responsive Regulation*, Oxford Univ. Press, Oxford, 1992, pp. 103-112.

⁵³ As early as 1996, Dale noted that a consensus seemed to be emerging on this approach; see Richard Dale, *Risk and Regulation in Global Securities Markets*, Wiley and Sons, Chichester, 1996, p. 179. For an exposé in favour of such a method of supervision (instead of the traditional command and control method of regulation), see Andrew Crockett, “Banking Supervision and Financial Stability”, *The William Taylor Memorial Lectures* No. 4, Group of Thirty, Washington D.C., 1998. The Basel Committee adopts this approach in its latest proposals for a new modified Basel Capital Accord; *Overview of the New Basel Capital Accord*, Consultative Document, BCBS, January 2001.

⁵⁴ This phenomenon tends to be reproduced at the State level. The ILO’s World Commission on the Social Dimension of Globalization notes for instance that “global governance now spans a wide range of issues and many of these are of increasing technical complexity. This makes it extremely difficult for most poor countries to be even present at all negotiations, let alone represented at an adequate technical level”; see *A Fair Globalization*, *op. cit.*, *supra* note 3, para. 349.

This trend is also exemplified in the confidence placed in the pronouncements of the Basel Committee itself, which increasingly resembles an epistemic community of experts, in the absence of parliamentary involvement.⁵⁵

However, as the British Royal Society noted as early as 1992, the view that reliance should be placed exclusively on expert as opposed to lay opinion is no longer acceptable: “The view that a separation can be maintained between “objective” risk and “subjective” or perceived risk [...] is no longer a mainstream position [...]. Assessments of risk, whether they are based upon individual attitudes, the wider beliefs within a culture, or on the models of mathematical risk assessment, necessarily depend upon human judgement”.⁵⁶ Thus, it is submitted that far from being irrelevant to the debate, the lay public might contribute important information concerning the perception by communities and individuals of the risks faced by them, the sufficiency of the standards adopted for the control of financial risks and the acceptability of the impact that such standards may have upon their lives.⁵⁷

In this respect, the ILO could, once again, provide important examples of participatory structures allowing for representation by stakeholders, in particular, employers’ and workers’ organizations. The ILO Director-General has noted that “our tripartite character ensures a wider representative base than agencies with only governmental participation. [...] The representation of social partners in the ILO’s Governing Body, with equal rights to those of govern-

⁵⁵ As it has been noted, “if we examine the setting for contemporary international banking regulation, we find numerous factors conducive to the emergence of an epistemic community: the Bank for International Settlements (BIS) provides an institutional setting in which bankers regularly meet; the central bankers share a general set of beliefs about systemic stability and the need for international regulation to ensure such stability; banking supervision is becoming more technically sophisticated, with advances in computer modelling and simulation; and the bankers are already pursuing many common policy projects, including the determination of appropriate measures of bank liquidity and the study of methodologies for consolidating the balance sheets of financial conglomerates [...]. In sum, if central bankers are not yet an epistemic community, they are becoming increasingly like one”; see Ethan B. Kapstein, “Between Power and Purpose: Central Bankers and the Politics of Regulatory Convergence” *International Organization*, vol. 46, 1992, p. 267.

⁵⁶ See *Risk: Analysis, Perception, Management*, Report of a Royal Society Study Group London, 1992, p. 90.

⁵⁷ It should also be recalled that in the slightly different context of examining the *International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law*, the International Law Commission relied on a principle of prevention which *inter alia* encouraged participation by individuals and private entities in making decisions about activities involving a risk of significant (physical) harm. According to the ILC, the principle of prevention required sufficient information to be provided to the public on the possible harmful effects of any activity involving risk in order to allow for public participation in administrative decision-making that could affect the population in a significant manner; see *Yearbook of the International Law Commission (YILC)*, 1993, vol. II (Part Two), para. 159; *YILC*, 1993, vol. II (Part One), para. 37; *YILC*, 1994, vol. II (Part Two), para. 380; *YILC*, 1998, vol. II (Part Two), para. 55. Similarly, the ILO’s World Commission on the Social Dimension of Globalization called for “an obligation for governments in the industrialized countries and international organizations to undertake ex ante assessments of the global impact of major policy decisions”; see *A Fair Globalization*, *op. cit.*, *supra* note 3, para. 351.

ment delegates, ensures that its work is informed by the experience and views of those directly involved in the production process.”⁵⁸

The principle of tripartism has been firmly entrenched in the ILO Constitution since the ILO’s creation in 1919, and has been elaborated even further in the Tripartite Consultation (International Labour Standards) Convention, 1976 (No. 144) and the Tripartite Consultation (Activities of the International Labour Organisation) Recommendation, 1976 (No. 152)⁵⁹ so that it is now regarded as the cornerstone of the Organization. As noted in a resolution adopted in 1971, the ILO derives its strength and its capacity for mass participation from the universal and democratic character of the unique tripartite structure provided for in its Constitution.⁶⁰

The tripartite character of the ILO is reflected in the composition of member States’ delegations to the Conference. In accordance with article 3(1) of the ILO Constitution, the Conference is composed of “four representatives of each of the Members of whom two shall be Government delegates and the others shall be delegates representing respectively the employers and the workpeople of each of the Members”. By virtue of article 4, employer and worker delegates are entitled to vote individually on all matters which are taken into consideration by the Conference, including the adoption of standards. This is a truly unique right at the international level, enabling civil society representatives to fully participate in the adoption of decisions by an international organization.⁶¹

Thus, international labour standards are adopted with the vote of not only governments, but also employer and worker delegates to the Conference. As noted earlier on, the social partners are entitled to participate in the elaboration of standards both at the national level and during the International Labour Conference and to vote for their final adoption. Indeed, their vote is crucial as it weighs heavily on the prospects of an instrument’s adoption and implementation at the national level. The ILO Constitution also gives employers’ and workers’ organizations a central role in the supervision of ratified Conventions as they may actively participate in all the reports-based and complaints-based procedures which the ILO Constitution sets in place with a view to ensuring the effective implementation of ratified Conventions (articles 22, 24 and 26).

⁵⁸ See *A Fair Globalization: The Role of the ILO*, *op. cit.*, *supra* note 34, p. 52.

⁵⁹ See Osieke, *op. cit.*, *supra* note 29, p. 53.

⁶⁰ See International Labour Conference, 56th Session, 1971, *Record of Proceedings*, pp. 806-808. The resolution was adopted by 227 votes in favour, no votes against, and 42 abstentions.

⁶¹ The prerogative of the nomination of the two non-government delegates rests with the governments but they are required by the ILO Constitution to choose them in agreement with the most representative industrial organizations in their respective countries, and the Conference has the power to refuse to admit any delegate or adviser whom it considers not to have been nominated in accordance with the provisions of the Constitution; see Osieke, *op. cit.*, *supra* note 29, pp. 81-82.

These structures might serve as examples in the context of plans to design a possible international financial organization.⁶² Further thought needs to be given, however, to questions such as the type of organization which could undertake in the financial area a role similar to that of employers' organizations and trade unions so that both representatives of the financial industry and the lay public might take an active part in the process for the adoption of financial standards. Civil society organizations representing various groups of stakeholders in the financial field certainly exist but their constituencies are not always as clearly identifiable as those of employers' and workers' organizations and their presence in all member States of a future organization cannot be taken for granted.⁶³

VII. The tools for regulating/supervising global financial markets

Another issue that deserves careful examination is whether the supervision of global financial markets should proceed by way of enforceable instruments or on the contrary, by way of non-binding, malleable instruments, such as "soft law". As already noted above, the "standards and codes" which emanate from various international supervisory agencies are soft law instruments⁶⁴ partly due to the fact that their members do not have treaty-making power and partly due to their technical nature which has been put forward as a reason why they should not be characterized as legal instruments. The standards and codes are usually promoted in a wider circle of countries than those which participated in their elaboration on the basis of ROSCs, in the framework of IMF surveillance. However, as already noted above, the indirect manner in which developing countries find themselves bound *de facto* and through mainly financial incentives, by rules in the adoption of which they did not participate, has given rise to criticism

⁶² The World Commission has noted that there is currently a lack of balanced representation within the global civil society community and has called for measures to promote and strengthen CSOs in the poorest countries; see *A Fair Globalization, op. cit., supra* note 3, para. 570.

⁶³ A further issue for consideration is the relationship between the ILO model of representation and the trend of facilitating deliberation among a wide range of stakeholders with a view to building consensus in managing the socio-economy. For a recent discussion and critique of multi-stakeholder structures, see Lucio Baccaro and Konstantinos Papadakis, "The Downside of Deliberative Public Administration", paper presented at the Conference on Empirical Approaches to Deliberative Politics, European University Institute, Florence, 21-22 May 2004.

⁶⁴ Some of these instruments do not even constitute legal texts, contrary to what the label "standards and codes" might imply, since they are data templates devoid of any legal content (this is in particular the case with regard to the SDDS and the GDDS elaborated by the IMF).

and calls for the creation of a fairer, more representative and more transparent institutional framework for the elaboration of such standards.⁶⁵

Based on Abi-Saab's broad conception, embracing both the content of legal rules and the nature of the instrument in which the rules are incorporated, one may describe soft law as either a treaty provision which is not sufficiently concrete to be enforceable (although it is embodied in a binding instrument) or as a non-binding instrument which contains concrete provisions (which cannot be enforced because the instrument is not binding).⁶⁶ It should therefore be emphasized that the tendency to always equate soft law with instruments that are not legally binding may be misleading. The question of whether or not a legal instrument constitutes soft law may not only depend on whether the instrument is legally binding per se, but more importantly, on whether the instrument in question gives rise to immediate and enforceable obligations.

Soft law should not be single-handedly dismissed as "ineffective" or "weak" law. As noted by Abi-Saab, soft law can make a real contribution to the development of a cooperative international system⁶⁷, i.e., a system founded on the principles of solidarity and equity, offering to all states the possibility to participate in common processes for the achievement of common goals. Abi-Saab emphasizes the positive role that soft law can play in such a framework, because soft law has the merit of reducing friction and facilitating agreement on emerging rules which might be consolidated into "hard law" at a later stage, after a flexible process of trial and error has demonstrated their usefulness.

One should emphasize however, that the outcomes of soft law rules or processes crucially depend on the institutional framework within which they function. Soft law can be a useful tool in the framework of robust institutionalized systems, for instance, international organizations with wide membership, equitable representation, transparent procedures and widely shared objectives.⁶⁸ Within such a framework, soft law may indeed facilitate the development of

⁶⁵ The only institutions with (partial) competence in this area, i.e., the IMF and the World Bank, have recently come under increased criticism precisely because of the asymmetrical influence exercised by industrialized countries over their organs and procedures (see *supra* note 7). As the ILO's World Commission observed, "in strict logic, policy guidelines are distinct from formal rules that govern the functioning of the international financial system. But this distinction is often unclear in practice. For example, the policy guidelines of the IFIs on issues such as capital account liberalization often operate as de facto rules for developing countries. This is because of the strong influence these institutions have over the policy choices of developing countries"; see *A Fair Globalization, op. cit., supra* note 3, para. 408.

⁶⁶ See Georges Abi-Saab, "Eloge du "droit assourdi": Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain" in *Nouveaux itinéraires en droit: Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 59-68.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 59, 63-65.

⁶⁸ Such a framework has been described by the Ninth Conference on the United Nations of the Next Decade: "Organizational structures and procedures significantly affect decision-making. With proper and efficient organizational structure and optional procedures for moving through the decision-making process, decision-making can be greatly aided. Organizational and procedural

genuine cooperation, notably by helping to balance power considerations with a quest for equity. However, where the institutional framework is rudimentary and largely confined to securing policy convergence, rather than fully-fledged cooperation towards common goals, then there are no safeguards against the risk that the use of soft law might eventually weaken the system, as it might *de facto* favour the interests of those parties which possess economic power.

The ILO Constitution provides an example of a transparent, representative and participative institutional framework. It spells out the objectives to be pursued by the Organization and makes specific provision for the various organs through which the Organization should exercise its functions and the exact procedures to be followed in the adoption of decisions. Consequently, where the ILO constituents choose to make use of soft law for the promotion of the objectives of the Organization, they do so within specific institutional confines.

For instance, a non-ratified Convention operates in fact as a soft law instrument, setting down the goals that non-ratifying countries could set for the future.⁶⁹ The ILO Constitution contains procedures through which pressure can be exercised for the implementation of non-ratified Conventions. In particular article 19, paragraph 5(e), imposes an obligation on the member States which have not ratified a Convention to submit a report to the Director-General on their law and practice regarding the matter dealt with in the Convention at appropriate intervals as requested by the ILO Governing Body. Member States are required to indicate in their report the extent to which effect has been given, or is proposed to be given, to any of the provisions of the Convention by legislation, administrative action, collective agreement or otherwise, and state the difficulties which prevent or delay ratification. This obligation enables the ILO to take stock of the progress made by governments towards the application of unratified Conventions, and serves as a useful reminder to governments of the existence of the standards in question.⁷⁰

considerations include adequate provision for preparation including consultation and negotiation, clearly defined voting or other decision procedures, elimination of redundant and repetitive consideration while maintaining adequate democratic safe-guards for all Members"; see *Decision-Making Processes of the United Nations: Ninth Conference on the United Nations of the Next Decade*, Vail, Colorado, June 1974, p. 6.

⁶⁹ Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties provides that a State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when: (a) it has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, acceptance or approval, until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty; or (b) it has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed. On this basis, it could be argued that a country which has voted in favour of the adoption of a Convention at the International Labour Conference but has not yet ratified that Convention, has a *bona fide* obligation not to undertake actions which would defeat the object and purpose of the Convention.

⁷⁰ See Osieke, *op. cit.*, *supra* note 29, p. 160. A ratified Convention might also allow for a considerable degree of flexibility in its implementation. The International Labour Conference may vote a Convention laying down the basic principles on a subject matter and supplement

The ILO Constitution also provides that the International Labour Conference may adopt Recommendations which, as already mentioned above, are not legally binding and in this sense constitute soft law instruments. Here again, article 19, paragraph 5(e), of the Constitution provides for the possibility to request periodic reports on the measures taken to give effect to the provisions of such Recommendations in law and in practice.

In addition to this, a truly revolutionary mechanism was set up in 1951 in order to examine complaints of violations of fundamental principles on freedom of association and collective bargaining, as reflected in the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87) and the Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98), even where member States have not ratified these Conventions. This body is the Committee on Freedom of Association (CFA). Its competence to hear complaints in the absence of ratification derives from the fact that, in freely joining the ILO, member States have adhered to the ILO Constitution which expressly recognizes “the principle of freedom of association” and that “freedom of expression and of association are essential to sustained progress” and declares these as fundamental principles on which the Organization is based. Hence, it has been considered that member States have undertaken an obligation, based on the mere fact of membership, to promote and realize these principles even if they have not ratified the relevant conventions. This has rendered the CFA into one of the most effective mechanisms for the promotion of freedom of association in the United Nations system.

Drawing upon this wealth of experience, and the multiple possibilities available in its Constitution, the ILO came up in 1998 with a promotional instrument, the Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. The Declaration (technically a resolution of the International Labour Conference) aims to promote the implementation of the fundamental principles which constitute the subject of eight fundamental ILO Conventions in the area of freedom of association, non-discrimination, the abolition of forced labour and the fight against child labour, to the countries which have not yet ratified the relevant Conventions. The Declaration *recalls* that in freely joining the ILO, all Members have endorsed the principles and rights set out in its Constitution, principles which have been expressed and developed in the form of specific rights and obligations in ILO Conventions which have been recognized as fundamental, and *declares* that all Members, even if they have not ratified the Conventions in question, have

such Convention with more detailed and precise provisions in a Recommendation. The Employment Policy Convention (No. 122) and Recommendation (No. 122), 1964, provide a good example of this approach; the obligation assumed by the States which ratify the Convention is “to declare and pursue, as a major goal, an active policy designed to promote fully productive and freely chosen employment” while the means by which such policy should be pursued are spelt out in considerable detail in the accompanying Recommendation. Thus, in ratifying the Convention member States undertake to pursue an objective, i.e., adopt an employment policy, but they maintain considerable discretion as to the means on the basis of which they may implement their obligations.

an obligation, arising from the very fact of membership in the Organization, to respect, to promote and to realize in good faith the principles concerning the fundamental rights which are the subject of those Conventions.

It is important to add that the Declaration has been accompanied by a follow-up mechanism based on article 19, paragraph 5(e) of the ILO Constitution, comprising annual reports by member States which have not ratified the fundamental Conventions on any changes which may have taken place in their law and practice. The originality of the Declaration lies in the careful combination of soft law with the provisions of the ILO Constitution and the principles contained in fundamental ILO Conventions which provide for a solid overall institutional framework.

It is important to recall finally, that the adoption of all ILO instruments, including Conventions, Recommendations or Resolutions, is always based on specific and transparent provisions laid down in the Standing Orders of the Conference. These procedures include detailed discussions and a final vote by all delegates to the Conference, i.e., governments, employers and workers. Thus, the “soft” nature of an instrument does not influence the procedures through which the instrument is adopted, which remain fully participative, transparent and representative.

The above serve to illustrate the fact that the long-standing experience of the ILO allows for a wise combination of soft law, binding obligations and institutionalised mechanisms, which is put into practice in order to effectively promote the objectives of the ILO. Such examples might serve as useful guidance for a reasonable and effective use of soft law in a truly cooperative international framework.

Finally, note should be taken of the capacity of the ILO to promote its objectives by adopting legally binding instruments, i.e., Conventions, on a yearly basis, during the annual sessions of the International Labour Conference. This mandate which is unique among all international organizations, constitutes a singular achievement from the point of view of building an international system based on the values of cooperation and equity. Let us also recall the various safeguards upholding the rule of law in the ILO Constitution to the effect that ILO member States are bound by international labour Conventions only when they have taken an express and formal decision to ratify these instruments. More specifically, the decision to ratify a Convention is freely taken by member States, as the ILO Constitution contains no obligation in this respect; only where ILO member States have ratified a Convention do they undertake the obligation to implement its provisions at the national level (article 19 paragraph 5(d)).⁷¹ Thus, the adoption of Conventions entails the implicit guarantee that member States will not find themselves *de facto* bound by obligations to which they have not consented.

⁷¹ See Osieke, *op. cit.*, *supra* note 29, p. 164.

VIII. Conclusion

Nicolas Valticos devoted his long career to the promotion of human rights, the rule of law, democracy and social justice. The recent statement made by the World Commission on the Social Dimension of Globalization is in keeping with his legacy and constitutes a strong reaffirmation of the principles on which the ILO is built and of the wider relevance of these principles in the context of globalization:

Any reform of global governance must be inspired by our vision of a fair and inclusive globalization. It must promote universal values and norms endorsed by the international community such as the rule of law, respect for human rights and fostering of democracy. It should contribute to the achievement of social and economic goals embodied in the Millennium Declaration and other key international agreements. The reform proposals should strengthen the global legal and institutional infrastructure for promoting growth, equity, human development and decent work. They should seek to enhance the representative, participatory, transparent and accountable character of global institutions. They should give voice to all men and women to articulate their concerns and interests. They should mobilize the energy and commitment and sense of solidarity and responsibility of key actors of the global community. A reform of global governance on this scale is clearly required, one that transforms the process and substance of globalization to meet the aspirations of people throughout the world.⁷²

This article has attempted to identify those elements in the ILO structures and processes for the adoption of international labour standards which could provide useful input to current debates about ways to improve the architecture of the international financial system. It aimed to illustrate the alternative ways in which an institutional framework could be designed and set in place so as to ensure a more stable and fair international financial system. At the very least, it aimed to demonstrate that participative, transparent, representative and universal decision-making structures for the adoption of standards are available and have been functioning for almost a century now in an area which is not so dissimilar from that of financial regulation. The views expressed in this article rely on a belief that the institutional memory of the ILO might prove to be a valuable source of knowledge for the future and that open dialogue and the sharing of experiences is the best way to arrive at a better international system.

⁷² See *A Fair Globalization*, *op. cit.*, *supra* note 3, para. 358.

PART 5
FUTURE PERSPECTIVES ON STANDARDS



Globalization, values, and international law in the world of work

*Janelle M. Diller**

I. Introduction

This chapter explores the role of international law in the governance of globalization, with special attention to the contribution of international labour standards. Following a contextual overview, my perspectives comprise three aspects. I first address the current legal landscape of globalization, which some might call the “bad news”. I then turn to the potential role that law and values play in a fair governance of globalization – perhaps the “good news”. Finally, I consider some of the new directions for the role of international law in globalization – what might become, in time, “tomorrow’s news”.

II. Contextual overview

Not long ago, the course of globalization appeared set in the direction of the universal values underlying international law, particularly international labour standards. Widespread ideals such as democracy, popular participation, social progress, and international cooperation seemed to accompany globalizing networks of production in many parts of the world. Expanded trade, foreign direct investment and financial flows presented new opportunities for economic growth and employment to address the war against want. Greater political participation among formerly disenfranchised people and groups signaled the development of means that could help ensure, in the words of the ILO Declaration of Philadelphia, a “just share of the fruits of progress to all”.¹

* Office of the Legal Adviser.

¹ See *ILO Declaration concerning the aims and purposes of the International Labour Organization*, adopted by the International Labour Conference at its 26th session, 10 May 1944, para. III(d), available at <http://www.ilo.org/public/english/about/iloconst.htm#annex>.

Yet persistent global problems like conflict and poverty, and the unilateral exercise of economic and military power, have threatened this route. Poverty has increased in much of the world, despite the overall reduction attributable to gains in several large countries, namely China and India. The rate of income inequality has risen in many more countries than it has declined or remained constant. Open unemployment increased over the last decade, with employment performance over the past two decades mixed across regions and much of the developing world adversely affected. Unskilled workers, and those without capital or entrepreneurial ability have lost out overall. The growing gap between a formal global economy and informal local economies has intensified these disparities.²

As detailed below, the legal environment governing cross-border transactions has not, to date, significantly contributed to reversing the trend of increasing economic disparity between nations and peoples. Indeed, some have pointed to the imbalance in global economic rules and methods for decision making as encumbering the path toward democratic accountability and popular participation in decision making of those affected.³ A lack of necessary legal safeguards for social and economic security has likewise been faulted for slowing down the rate of social progress. While fairer economic rules are not, of themselves, sufficient to promote social justice, the adverse effects of intensified competition in labour regulation have resulted in a growing awareness of the necessary value of international labour standards as a means to improve the conditions of employment and labour worldwide.

Amid the growing demand for reform of the course of globalization, a multiplicity of networks, ideas, and initiatives has arisen, seeking diverse ways to bring about a more inclusive governance of globalization. Many of these proposals and pursuits implicitly share a common core of fundamental values and goals, such as fairness, participation and accountability. These assumptions common to different sides of the globalization debate reflect an emerging consensus on a core of goals and methods for developing the rules, policies, and institutions necessary for a fair globalization. Key among these goals is the need to achieve universal respect for a minimum set of rules for labour in the global economy that would more evenly promote just conditions of employment and operation of markets.

While the universally shared values at the heart of this popular mandate form the bedrock of international law, the growing mandate for reform builds upon, yet challenges, the existing operation of international law in globaliza-

² For details of the economic trends in this paragraph, see generally Report of the World Commission on the Social Dimension of Globalization, *A Fair Globalization. Creating opportunities for all*, ILO, Geneva, 2004 (hereinafter "*Globalization Report*"), Part. II.2, at <http://www.ilo.org/public/english/wcsdg/docs/report.pdf>.

³ *Ibid.*, para. 13.

tion. Within the world of work, its effect can be exemplified by the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. The principles of this Declaration are viewed as inherent in each ILO member State's pact with the International Labour Organization, and are based upon a set of fundamental workers' rights underlying core international labour Conventions⁴ and recognized in the 1995 Copenhagen World Summit for Social Development.⁵ These principles consist of freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining; the elimination of all forms of forced or compulsory labour; the effective abolition of child labour; and the elimination of discrimination in respect of employment and occupation.

The core labour standards of the Declaration serve increasingly as minimum points of reference for the conduct of labour, capital and public authority. The Declaration's four categories provide a normative framework for a variety of initiatives in the context of international cooperation, foreign direct investment, global production networks, local entrepreneurial development and even informal economic institutions. For example, a program of technical cooperation to promote adherence to the principles in practice is an integral part of the institutional follow-up to the Declaration within the ILO.⁶ At the level of transnational investment, the OECD Guidelines for Multinational Enterprises largely incorporate these standards to guide the direct operations and contractual relations of multinational enterprises in the 30 OECD member countries.⁷ At national level, some major economic actors link public procurement or investment reporting policies with performance in line with the OECD principles.⁸ Similarly, the ILO Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy

⁴ The ILO Conventions underlying the fundamental principles and rights at work consist of: Forced Labour Convention, 1930 (No. 29); Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105); Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87); Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98); Equal Remuneration Convention, 1951 (No. 100); Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111); Minimum Age Convention, 1973 (No. 138); Worst Forms of Child Labour Convention, 1999 (No. 182). Ratification rates of these conventions span from 142 to 163 parties, reflecting general international acceptance of their obligations. See <http://www.ilo.org/ilolex/english/docs/declworld.htm> for details of ratifications for each of the fundamental human rights conventions.

⁵ See *Copenhagen Declaration on Social Development*, adopted by the World Summit for Social Development, 6-12 March 1995, U.N. Doc. A/CONF/166/9 (1995).

⁶ For the text of the follow-up to the Declaration, see http://www.ilo.org/dyn/declaris/DECLARATIONWEB.static_jump?var_language=EN&var_pagename=DECLARATIONFOLLOWUP.

⁷ See *OECD Guidelines for Multinational Enterprises, Employment and Industrial Relations*, Chapter IV. The Guidelines are part of the OECD Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises: Basic Texts (November 2000). See <http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf>.

⁸ See S. Aaronson and J. Reeves, *The European Response to Public Demands for Global Corporate Responsibility*, National Policy Association, 2002, found at http://www.bitc.org.uk/docs/NPA_Global_CSR_survey.pdf.

promotes the fundamental principles and rights at work in the context of FDI.⁹ The UN Global Compact views the fundamental principles and rights at work as a key pillar of the universal principles that should guide business dealings around the world.¹⁰ In addition, multilateral development banks have introduced policies to secure social safeguards which incorporate certain fundamental principles and rights at work.¹¹ Among the diverse certification systems of corporate conduct in the private sector, there seems to be more consensus on the Declaration's principles than on any other standards in the labour sphere.¹²

III. “Bad news”: the current legal landscape of globalization

International law plays a major role in the operating framework of globalization, particularly in the institutions through which globalization operates. Legal instruments and institutions with legal mandates facilitate and secure the economic and social transactions across borders which drive globalization. As the rules of enforcement for commercial and other contracts in arbitral tribunals and national courts become increasingly predictable, the legal tools encourage greater confidence among the actors involved in such transactions.

However, certainty of legal enforcement, while necessary to a fair globalization, is certainly not sufficient. Many of the existing international and national structures and rules that govern cross-border public and private relations in globalization are seen to be deficient. Certain legal rules may themselves contribute to the injustices associated with globalization, by perpetuating inherent imbalances in power, resources, and capacity or by failing to operate in ways that correct the imbalances. In addition, the framework for negotiation, implementation, and dispute resolution itself bears examination. In some cases, procedural rules that should facilitate dialogue, decision making and enforcement at global

⁹ For the text of the ILO Multinationals Declaration, which was revised in 2000 to include the prohibition on the worst forms of child labour and an explicit reference to the 1998 Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, see <http://www.ilo.org/public/english/employment/multi/download/english.pdf>. The Declaration provides non-binding guidance to multinational enterprises in all 177 ILO member States.

¹⁰ Along with the fundamental principles and rights at work, the Global Compact promotes human rights, environmental protection and anti-corruption standards. For the 10 principles of the Compact, see <http://www.unglobalcompact.org/Portal/Default.asp>.

¹¹ See, for instance, World Bank Operational Policies Manual and International Finance Corporation's safeguard policies based thereon, which include a Forced and Child Labour Policy Statement. For updates, see <http://lnweb18.worldbank.org/ESSD/sdvext.nsf/52ByDocName/SafeguardPolicies> (World Bank) and <http://www.ifc.org/ifcext/policyreview.nsf/Content/SafeguardPoliciesUpdate> (IFC).

¹² See, for instance, GB.288/WP/SDG/3 (Nov. 2003) and GB.273/WP/SDL/1 (Nov. 1998).

or regional levels are themselves inadequate to secure effective and meaningful participation of all those concerned or affected by such rules.

The underperformance of law to date in achieving a fair globalization is visible, for example, in areas such as policy coherence, enforcement, and institutional governance. A few examples in these areas serve as illustrations of the challenge confronting international law to move beyond approaches focused primarily on economic certainty to ones that also incorporate the widespread pursuit of universal values like justice and human dignity.

1. Policy coherence issues

The development of policies and measures to expand markets, such as through WTO agreements, effectively outweighs measures to bring more equally-distributed growth and fuller employment. Building greater coherence between the economic and social spheres could help developing countries adjust to competition in global economy, debt burdens and other pre-existing disadvantages. A number of serious gaps in the multilateral policy framework also contribute to this lack of coordination in policy development on both sides. For example, a coherent framework to manage labour migration is missing; this shortcoming can only be adequately addressed through policies that give priority to economic growth and employment, and to open exchanges of information and commitments across countries of origin, transit and destination. This sort of framework could facilitate regular migration that is more beneficial to all involved as well as enforcement against irregular migration that is consistent with human rights.

The disproportionate development of economic and social tools of law at international level stands in marked contrast to the integrated vision expressed in the 1947 Havana Charter for an International Trade Organization. There, 53 States devised an interdependent approach to international cooperation in fields including employment, development and trade.¹³ Their purpose was to realize the aims envisaged in Article 55 of the UN Charter, notably higher standards of living, full employment, and conditions of economic and social progress and development. In pledging national and international action, individually and collectively, to realize these aims, Havana Charter aspirants sought to “foster and assist industrial and general economic development”, and “further the enjoyment by all countries, on equal terms, of access to markets, products and productive facilities which are needed for their economic prosperity and development.”

¹³ See UN Conference on Trade and Employment: Final Act and Related Documents, 24 March 1948, U.N. Doc. E/CONF 2/78, Chapters II (employment), III (development), and IV (tariffs, quotas, subsidies, etc.).

Chapter II stressed the centrality of employment to the achievement of these general purposes and objectives and the need for concerted action within the UN, in collaboration with the appropriate intergovernmental organization, to supplement domestic measures to avoid unemployment.¹⁴ The parties recognized that fair labour standards were a matter of common interest among all countries and that “unfair labor conditions, particularly in production for export, create difficulties in international trade.” This single charter envisioned an integrated framework that is noticeably lacking today.

2. *Enforcement issues*

Even where policy coherence is achieved, it is still necessary to focus on more effective implementation of the laws and policies that are intended to bring some level of equality across economic and social/labour spheres of activity. In practice, for example, limited resources and know-how hinder developing countries from making effective use of WTO dispute settlement mechanisms and trade policy tools designed to provide preferential access and special protection to their markets. In addition, the legal right to retaliation provides recourse in principle in the face of inadequate compliance with a WTO ruling but, in practice, economic inability significantly reduces the value of this right for those with less economic “staying power”. In turn, in the social sphere, more effective implementation of core labour standards would require a strengthening of ILO capacity to promote these standards through the Declaration discussed above and the Organization’s other instruments and mechanisms relating to employment policy and freedom of association. These instruments can be seen as extensions of the 1944 Declaration of Philadelphia, which shares the integrated vision of the Havana Charter approach mentioned above. That Declaration confers on ILO the responsibility “to examine and consider all international economic and financial policies and measures in the light of [the] fundamental objective” of achieving lasting peace based on social justice.

3. *Institutional governance issues*

At a macro-level of operation, constitutional frameworks for sharing of decision-making power and accountability in global governance suffer in large part from a democratic deficit and a lack of representativity in power and par-

¹⁴ *Ibid.*, Chapter II, Article 2(1), (2).

ticipation; important decisions are taken in many cases outside the mainstream system by limited membership groups like the OECD or the G-7. A low level of democratic accountability for the spillover effects of their policies marks the major policy decision making by industrialized countries and a number of international organizations. In a globalized world, there is a need to build accountability for the extraterritorial adverse impact resulting from decisions taken within national borders or the boundaries of inter-governmental organizational competence.

Similarly, a need exists to develop rules for the accountability of international organizations that go beyond internal governance and governance in relation to member States to address the adverse effects that one organization's activities may have on external third parties or on the exercise of the mandates of other intergovernmental organizations. The existing framework of international law addresses only the legal responsibility of international organizations to interpret their own mandates as much as possible in harmony with those of others, as well as of course to respect *jus cogens* and any obligations considered part of their own chartered mandates. Accountability for efforts outside this limited sphere of activity is within the organization's discretion. Recent developments have notably resulted in self-governance mechanisms such as independent inspection panels, ombudspersons, and good practice models. These types of legal tools call on the originating organization itself to apply its mandate in practice in ways that do not place their members in contradiction with obligations which they have also undertaken in other international instruments and treaties.

IV. "Good news": potential roles for international law, labour standards and values in a fair globalization

Given the inherent limitations of legal systems above, what can international law then contribute to the process? One area of contribution is found in the use of law as a means for giving voice and effect to shared values. Recently, at the request of the ILO-convened independent World Commission on the Social Dimension of Globalization,¹⁵ the Secretariat to the Commission focused on the interaction of values, law and policy in the context of globalization. To understand the implications of this work, it is helpful to consider the relationship between law and shared values generally, within and between societies.

¹⁵ For the mandate, composition and working methods of the Commission, see <http://www.ilo.org/public/english/wcsdsg/index.htm>.

By values, I refer to the beliefs and perspectives of individuals, groups or communities that certain goals and ways of behaving are important. When shared, values are critical to building trust that fuels social and market transactions. Values theory and research have shown that values common to a society may be reflected in social contracts or customs, or expressed through patterns of behavior at individual and societal levels. When the conviction is strongly shared that certain common values should guide the conduct and goals of people or institutions, those values may be given effect through legal or political instruments.

As with individual societies, values shared across societies may result in widespread customs or expectations that, over time, create a mutual trust strengthening economic, social and cultural exchanges across the groups involved. The values may find official expression in treaties or other agreements, or even trading and security alliances. When shared on a widespread, or global scale, the strength or primacy of values in guiding the conduct and objectives of multinational relations may be embodied in multilateral treaties, declarations and other sources of international law or political commitments.

The interaction of values and law is thus essential to securing a legitimate governance framework. In a democratic world, governance is built on the core values that people share. Human rights law recognized over half a century ago that the authority of government is based on the will of the people.¹⁶ This type of reasoning, extended to the search for a legitimate governance framework for globalization, builds upon and gives practical effect to the core values recognized by the international community as a whole.

1. A values foundation for a fair globalization

In the research conducted by the World Commission Secretariat, a “values foundation” for a fair globalization was developed that sought to identify patterns of converging common beliefs and expectations across a wide range of international legal and political commitments agreed among states, individuals, groups, and communities from different cultures, beliefs, and economic contexts. The fundamental idea was that such values and principles commonly invoked among the different sides of the globalization debate may be useful to assess the rules, policies and relationships that govern the process of globalization, and ultimately to hold all actors accountable for the values they are invoking.¹⁷

¹⁶ See *Universal Declaration of Human Rights* (1948), article 21(3).

¹⁷ See, for instance, the values network described at <http://www.ilo.org/public/english/wcsdg/policy/topic1.htm>.

The review included *official instruments using the language of obligation* from general and specialized fields of international law (binding and soft law instruments) including human rights, international labour law, international economic law, and international law of common spaces and natural resources. Sources constituting *popular and political commitments* were also examined, including world conference declarations and plans of action, reports of global commissions, pronouncements of labour, business, social, civic, and religious leaders, and scholarly treatises. To a striking extent these sources of voluntary commitment were found to resonate with values and principles similar to official sources.

By its design and very nature, the research concentrated on principles more than practice, on what is said to be valued more than what has actually been achieved to date. While the elements of the values foundation that was developed are not yet fully lived out in practice, they do reflect a solemn commitment, repeatedly expressed by states, international organizations, and non-state actors, to attain a core of shared ultimate objectives, put into practice normative principles, and develop representative and accountable frameworks.

Notably, many values and principles that were proposed within the values foundation as essential to a fair globalization were found to be supported already by the general international legal framework. For conceptual purposes, the values foundation that was developed was composed of three types of building blocks; these structures were not intended to be comprehensive or water-tight conceptually. They consisted of three types of values: *ultimate objectives*, such as peace, justice, human dignity and human security; *normative principles* that serve as tools to achieve ultimate objectives but are also goals of their own, such as indispensable rights, equality, solidarity, democracy, tolerance and respect for nature; and *instrumental frameworks* which guide structures for developing and implementing fair rules, such as effective governance, participatory dialogue, shared responsibility, and development cooperation. For each of the values listed above, a description was developed containing its essential aspects, annotated to a database of authoritative documents.

V. “Tomorrow’s news”: new directions for international law and labour standards in globalization

To effectively use international law as a tool for ensuring the consistent delivery of a fair globalization requires an understanding of the limitations of the use of law for such a task. While generally accepted legal principles may reflect the ultimate value of delivering just outcomes through fair processes, their application also reflects the power and resource imbalances of those actors driving globalization. The principle that “law is but a means, justice is the end” is highly relevant in this context.

A historical lens may assist our focus on the future by conceptualizing three phases over the past 25 years. In *Phase 1*, in the 1980s, developing countries invoked universal values such as solidarity, equality of states, and human rights in their calls for a right to development. This was an attempt to use law to ensure outcomes of justice and equity, in particular invoking fairness for compensation for past wrongs through new so-called “rights” to international economic order. In *Phase 2* which followed, industrialized countries responded, invoking values as well, with a good governance agenda. This response invoked fairness to redress imbalances and abuses of authority based on procedural safeguards. These approaches were deemed necessary to correct the abuses of regimes that were not delivering just outcomes and also to sustaining such outcomes and development efforts at local and national level. Now, in *Phase 3*, we have perhaps entered a new era in the role of international law. The threshold questions in focus probe more deeply the relationships of traditional and new international legal actors. Can international law, based on values that incorporate both just outcomes and fair processes, provide an integrated framework for action that brings fairness in both ends and means? Can this type of integrated framework hold all actors accountable for the values that they are invoking?

It is clear that some integrated way of working must be found, and we must use international law in this process for what it is capable of delivering – a more coherent framework within which economic and social interactions operate to complement and support each other. The values work of the World Commission Secretariat offers a means for international law to contribute to fair globalization in several ways. First, it may help to build coherence within and across separate regimes that currently contribute to the “balkanized” governance of globalization. It might also strengthen the implementation of globally-recognized values that benefit all. Finally, it may address deficiencies to enable progressive implementation of more participatory, transparent and accountable systems of decision making and action.

It will be important to see how these new directions for international law may emerge in the follow up to the Report of the World Commission within

the ILO and other organizations.¹⁸ A few possible directions follow. These are intended merely to illustrate possible contributions of the values foundation work in addressing the three issue areas above, that is, policy coherence, enforcement, and institutional governance.

1. *Building coherence*

Insofar as it reflects the popular mandate for a fair values-based globalization, international law may help identify essential factors to take into account in developing normative and functional coherence within and across major fields of concern. This could happen either within a major field of concern, or across fields of activity. In the field of migration, for example, international human rights, refugee, humanitarian, labour and criminal instruments all address aspects of international migration. Coherence between the promotional and enforcement approaches within these various treaties, perhaps through some framework accord, could encourage an organized management of migration consistent with human rights and the sovereign rights of states. This approach would seek to coordinate international and national policies in order to deal with the root causes of economic migration and to maximize the benefits of migration for all. In 2004, a plan of action reached by the International Labour Conference already set this type of vision for such coherence-building in the field of labour migration.¹⁹ In building coherence across fields, it may be possible to design a working set of guiding principles for a fair globalization, using the values foundation, which could serve as a point of reference and reflection for policy makers and other actors in globalization. The guiding principles could address not only international action but local and regional actors as well.

In a similar way, several decades ago, the Brundtland Commission on Environment and Development created a group of international legal experts that adopted a set of "Proposed legal principles for environmental protection and sustainable development".²⁰ These became a part of the determining framework for the Rio International Conference on Environment and Development and have since been reflected across multilateral legal and political instruments ad-

¹⁸ See, for instance, *A fair globalization. The role of the ILO*, Report of the Director-General on the World commission on the Social Dimension of Globalization, International Labour Conference, 92nd Session, 2004, at <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc92/pdf/adhoc.pdf>; and Reply of the Director-General to the Discussion of his Report, <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc92/pdf/pr-25.pdf>.

¹⁹ See Report of the Committee on Migrant workers, International Labour Conference, 92nd Session, 2004, *Provisional Record 22*, at <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc92/pdf/pr-22.pdf>.

²⁰ For the text of the principles, see <http://www.iisd.org/sd/principle.asp?pid=59&display=1>.

ressing the environment, development, trade, technology transfer, and the use of common spaces such as the sea, the Antarctic, the moon, and outer space.

In a more long-term view, a set of legally-inspired principles in the pursuit of a fair globalization could perhaps similarly assist in developing general principles of international law of particular weight for international organizations in interpreting and implementing their mandates consistently with certain general principles. One could even envision a mobilizing framework of some sort, to which international organizations, governments, corporations and other non-state actors, could all subscribe.

2. Strengthening implementation of legal frameworks containing universal values

The values foundation may also serve to strengthen the implementation of legal frameworks that are already intended to put universal values into practice. In the context of research efforts, there is a need for better and more systematic reporting and measurement of effects of globalization on people in methods that will facilitate comparison of actual situations with desired outcomes. Integrating the legally-inspired values foundation as part of such an operational framework for research, perhaps in the form of quantitative, qualitative and systems indicators, could produce results designed to compare actual situations with targets, and thus identify needs to be considered in policy decisions and capacity building programs. If research programmes are launched jointly among institutions, the incorporation of these values may bring deeper institutional acceptance as well.²¹

3. Enabling more participatory, transparent and accountable governance systems

Initiatives at local regional and international levels stress the need for holding meaningful dialogue with those traditionally under-represented in formal structures, and for making the exercise meaningful by access to information and resources to build capacity for participation. These calls evoke the need to develop widely-agreed procedures for representation, participation, and decision making, particularly for under-represented non-state actors, drawing upon existing globally-recognized values involving instrumental frameworks for effective governance and dialogue, as well as basic human rights, social dialogue, and development processes.

²¹ For a discussion of strengthening the knowledge base from which to take policy action reforming governance of globalization, see *Globalization Report, op. cit., supra* note 2, paras. 623-629.

VI. Concluding remarks

By its very nature, the international labour standards regime contains a number of principles relating to substantive and procedural fairness that can inform the process of a more pro-active contribution of international law to a fair globalization. Achieving social justice through decent work that respects human dignity is the essential aim of the ILO which facilitates the development and supervision of those standards. As a procedural cornerstone, power within the ILO is equally shared between public and private constituents, through processes that seek to guarantee representativity and informed participation. International governance in the world of work draws its pulse from processes of consultative dialogue and agreement among national level actors through structures that support a principled yet practical approach. Thus, the ultimate aims, normative principles, and consultative frameworks of the international labour regime offer formative tools in the contribution of international law to a fair, values-based globalization.

Libres propos sur la «part» du droit dans l'action de l'Organisation internationale du Travail

*Jean-Claude Javillier**

I. Introduction

Laisser dormir en soi le professeur. Ne point le réveiller. Le fonctionnaire du Bureau international du Travail s'interdit en effet l'expression de toute opinion personnelle, et encore moins de toute appréciation que lui inspirerait une vie universitaire antérieure. Qu'il s'agisse du droit international, et plus précisément des normes internationales du travail, réserve et modestie s'imposent. La modestie, cela va de soi pour un enseignant et un chercheur. Mais la réserve? Le professeur se doit de n'en avoir point. La liberté de penser et d'enseigner impliquent de tout dire, ou presque, qui puisse permettre aux étudiants de se forger leurs points de vues, de se nourrir aux sources du pluralisme et de la créativité intellectuelle.

Serait-ce à dire que les fonctionnaires internationaux n'ont pas de visions personnelles, d'analyses propres, non plus que de critiques pensées? Il va de soi qu'il ne peut et ne doit pas en être ainsi. Et le présent ouvrage veut rendre un hommage vivant à Nicolas Valticos en suivant précisément sa superbe et constante pratique. Ecrire, publier, dire et démontrer, faire un bilan et offrir des perspectives d'avenir,¹ tout en respectant l'éthique – si essentielle et parfois

* Conseiller auprès de l'Institut international d'études sociales. L'auteur remercie M. Benoît Guiguet pour ses commentaires et son assistance à la finalisation de cet article.

¹ Qu'il soit permis de convier la lectrice et le lecteur à méditer les propos tenus par Nicolas Valticos dans sa postface du *Droit international du travail* (Dalloz, 2^e éd., 1983). La richesse de l'analyse comme le souci de la nuance et de la prospective sont frappantes (voir notamment «Bilan et perspectives du droit international du travail», pp. 646 ss.). Mais il va de soi que des évolutions de la politique normative sont depuis lors intervenues, dont il convient de tenir le plus grand compte, et sur lesquelles un recul suffisant n'est pas encore possible. Il y est, notamment observé que «les normes internationales du travail se situent dorénavant dans un cadre beaucoup plus vaste et ont des objectifs beaucoup plus étendus qu'on ne l'avait imaginé à l'origine» (*ibid.*, p. 655). Pour une bibliographie d'ensemble (et sélective bien évidemment), voir Jean-Michel Servais, *Normes internationales du travail*, LGDJ, Paris, juillet 2004.

un peu oubliée en des temps où l'individualisme pourrait bien faire rage – que tout fonctionnaire international se doit de mettre en œuvre, et pas seulement pour des raisons statutaires. Telle est la dure loi de toutes celles et tous ceux qui se sont mis au service de la fonction publique internationale, et pour le Bureau international du Travail au service des trois mandants: les gouvernements, les employeurs et les travailleurs. Oui, droit et diplomatie, pensée et action, service et autonomie peuvent bien être conciliés. La vie, aussi bien que les écrits de Nicolas Valticos nous en donnent la preuve éclatante.

Il ne saurait être question, fût-ce le temps d'un article, de contrevenir à cette obligation fondamentale de réserve, et encore moins de contribuer, d'une quelconque façon, à remettre en cause les analyses ou les choix faits par les mandants. Laissons au politique ce qui toujours doit lui revenir. Et sachons partager entre fonctionnaires internationaux la loyauté qui doit nous guider dans la vie professionnelle et intellectuelle. C'est dans cet esprit, qui est celui de Nicolas Valticos, que les articles publiés dans le présent ouvrage en son hommage, ont été conçus et sont publiés. Ce dont veulent tout particulièrement témoigner celles et ceux qui ont eu le privilège d'apprendre, de dialoguer et de cheminer avec ce juriste d'exception.

Les enseignements majeurs de Nicolas Valticos, au fil des ans et des rencontres (congrès, cours dans les Facultés de Droit, entretiens privés au Bureau jusque récemment) ont été marqués par l'attention constante à l'égard des plus jeunes chercheurs et l'ardeur et la persévérance communiquée aux plus anciens fonctionnaires pour la poursuite de l'action normative. Ce furent donc des encouragements renouvelés pour la créativité dans le profond respect des contraintes normatives, tant politiques que diplomatiques, assortis d'un rare sens de l'équilibre, d'une profonde sérénité qui ont gagné celles et ceux qui ont pu le rencontrer et l'écouter. L'humour ne fut pas l'une des moindres armes dont il sut se servir tout au long de sa carrière pour désarmer les plus réticents, les moins ouverts aux complexités du droit, aux imprévus de la diplomatie. Car, au fond, tout juriste sait, en son intime conviction, que sans persuader, convaincre, amener vers les normes, il n'est d'effectivité de ces dernières voire d'efficacité du droit. Nicolas Valticos incarne cette mystérieuse conciliation entre contrainte juridique et autonomie normative, entre soumission à la norme et participation au droit. Dualité juridique de la condition humaine: sujets et acteurs, nous sommes toujours dans le droit.

Si nombreuses et variées ont été les publications de Nicolas Valticos qu'on ne saurait songer à quelque synthèse d'une pensée savante et foisonnante. Cependant, il est au moins deux orientations qui n'ont pas manqué de frapper ses lecteurs assidus. D'une part, ce furent les démonstrations successives de la faculté d'adaptation des mandants au regard des institutions et des procédures de l'OIT, comme celle des fonctionnaires du BIT au regard de nouvelles situations et contraintes, pour relever les défis qui se sont présentés au fil des grands

événements politiques et sociaux du XX^e siècle. C'est de cette permanente dynamique du droit international du travail, qu'il convient de mieux rendre compte, singulièrement dans les milieux académiques. Il faut donc convier, notamment le monde universitaire tout autant que juridique et judiciaire, à contribuer à cette dynamique. Mais, ayant constaté et nourri une telle dynamique normative, il convient impérativement, d'autre part, de se prononcer sur la question déterminante de l'actualité des normes internationales du travail. En ces temps de mondialisation de l'économie,² relevons la croissante demande de régulation et les défis considérables de la gouvernance pour laquelle l'OIT possède un arsenal normatif non moins considérable. Cependant, l'impression est bien celle de se trouver comme à la croisée des chemins. Depuis 1919, bien des sentiers ont dû être empruntés. Nombre de choix, notamment normatifs, ont été effectués par les mandants. Mais la question doit être, à l'aube d'un nouveau millénaire, posée en profondeur, et largement débattue. De quel droit, et singulièrement international du travail, a-t-on besoin? De quels instruments attend-on les régulations sociales indispensables? Par quels mécanismes de contrôle peut-on de la meilleure façon faire triompher les bonnes, les meilleures pratiques politiques comme sociales, nationales comme internationales, mondiales comme régionales?

A l'évidence, dynamique du droit international du travail et renforcement des normes internationales du travail, sont les deux facettes d'une même pièce. Le temps d'un article, et pour susciter un libre débat entre tous ceux qui participent de l'idéal fondateur de l'OIT, retournons sans cesse cette pièce. Ce faisant, liant tradition et modernité, sans conformisme ni candeur, empruntons les sentiers déjà tracés par Nicolas Valticos.

² On se rapportera bien sûr aux travaux ainsi qu'au rapport de la Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation, *Une mondialisation juste. Créer des opportunités pour tous*, BIT, Genève, 2004.

II. De la dynamique du droit international du travail

Entre passé et avenir, toute norme, comme tout être, toujours se situe; comme si le temps présent ne comptait guère. Le droit et les normes sont par essence transitions, passages d'un état politique, social et économique, à un autre. Sur l'océan des pratiques sociales, êtres humains et sociétés ne cesseront jamais de naviguer. Le droit international du travail nous indique³ clairement la direction à suivre, les écueils à éviter. Il suffit de lire la Constitution de l'OIT, et la Déclaration du 10 mai 1944 concernant les buts et objectifs de cette dernière qui figure en annexe. Pour partie, la dynamique du droit international du travail nous vient de deux drames, de deux guerres à dimension mondiale. Et comme toujours, après ces guerres ce sont de nouvelles ères qui s'ouvrent avec cette volonté affirmée et partagée de ne jamais plus connaître de tels massacres. Paix rime nécessairement avec justice sociale. Ajoutons à l'aube d'un nouveau millénaire, que justice sociale et efficacité économique riment avec travail décent, pour chacune et chacun.

A peine conçus à l'OIT, c'est dire issus d'un consensus tripartite, le droit et les procédures qui en constituent l'expression sont confrontés à l'imprévu. Les procédures doivent répondre, s'adapter à de nouvelles exigences. Nicolas Valticos, dans sa pratique de fonctionnaire international comme dans ses activités d'enseignement et écrits les plus divers, a eu ce souci permanent de contribuer à ces adaptations nécessaires. Il en a été l'un des artisans majeurs, et ce, sur une fort longue période durant laquelle l'histoire a manifestement surpris les plus fins observateurs de la vie internationale comme sociale. Ainsi en est-il de la condition humaine, et du droit, de participer de l'incertitude, pour le meilleur comme pour le pire. L'important est toujours de réagir avec une inébranlable confiance dans le bien-fondé des droits humains et d'adapter ou de créer toutes les procédures qui assureront leur effectivité. La meilleure des preuves d'une dynamique normative résulte bien évidemment de la capacité d'adaptation et de renouveau de chaque institution. De tout cela, Nicolas Valticos n'a cessé de témoigner.

En matière procédurale, nombre d'exemples illustrent la créativité du BIT pour donner aux normes leur portée la plus utile. Sur la base du tripartisme lors

³ Dès à présent, constatons qu'il n'y a point de hasard sémantique: de l'indication à l'indicateur, il n'y a qu'un petit lieu marin vite franchi par d'aucuns. Et bien sûr sans suffisante réflexion (sur les concepts et méthodes de l'autre discipline). La construction d'indicateurs, et leur usage s'avère d'une grande complexité et d'une importance déterminante pour le devenir même du droit international du travail. Plaidons ici pour un respect mutuel et une analyse bienveillante – il reste toujours tant à faire pour ce réaliser – entre économistes et juristes. Plaidons aussi pour une prise en compte du qualitatif et la participation des personnes et groupes concernés. L'importance d'une analyse économique du droit n'a plus à être démontrée, mais il reste à en déterminer présupposés et méthodes. Le suivi du rapport de la Commission mondiale fournit une excellente occasion pour une nouvelle synergie des compétences économiques et juridiques au sein du BIT. Il en résultera une meilleure compréhension des analyses économiques par les juristes et une exacte prise en compte des normes par les économistes.

du déroulement de la Commission d'application des normes de la Conférence, diverses réponses ont été apportées afin de trouver une solution durable, par une conformité accrue avec les normes internationales du travail, à des questions souvent si graves qu'elles constituent un obstacle dirimant à la démocratie (ce qui pourrait être traduit selon certains par «bonne gouvernance»), à la justice sociale, et à la réalisation du travail décent pour tous. Les normes internationales du travail, et singulièrement le mécanisme de contrôle de leur application, constituent ainsi un point de passage obligé politiquement dont la mesure ne peut être sérieusement réalisée que sur une période de temps relativement (et parfois très) longue. Mais c'est l'occasion de constater la créativité et réactivité permanentes des mandants. Avec l'appui discret des fonctionnaires du Bureau peut être menée une politique – souvent complexe – de régénération des normes comme des procédures qui risqueraient de connaître désaffection, marginalisation, voir rejet. Il va de soi cependant, que bien des améliorations sont toujours à apporter, imperfections et dysfonctionnements (notamment bureaucratiques) pouvant être relevés en de multiples occasions. Avec un constat d'évidence: le Bureau ne peut pas plus que les mandants. Car, c'est de la dynamique politique des mandants que dépend l'effectivité comme l'efficacité du droit international du travail. Une dynamique qui suppose analyses et stratégies, détermination et négociation, rudesse parfois sans doute et toujours diplomatie. La composition des groupes, gouvernementaux comme employeurs et travailleurs, est certes déterminante, chacun ayant à l'évidence sa vision de la «part» du droit dans l'action de l'OIT et du BIT.⁴ Et on se gardera bien à ce propos de simplifier les analyses, de radicaliser les points de vue. En bref, sur le droit, il convient d'aller en profondeur, aux confins de l'invisible et dans les zones du non dit, au cœur des sociétés nationales comme internationale.

Le tripartisme aiguisé sans doute l'esprit critique, en favorisant un incessant bilan d'effectivité (ou non) comme d'efficacité (ou non) des procédures. Les critiques indispensables en matière de fonctionnement doivent cependant être comprises dans la perspective d'une amélioration du système normatif. Or, en des temps de grande relativité, de doute, voire de cynisme (qui tient parfois lieu de philosophie) certains esprits peuvent en conclure à une marginalité, voire une presque faillite d'un système datant des années vingt (ce qui n'est, au

⁴ Les publications tant des syndicats internationaux de travailleurs que de l'Organisation internationale des Employeurs sont bien évidemment des plus précieuses. La consultation de leurs sites, comme de leurs publications, permet de restituer la «part» du droit dans la toile sociale internationale. Certains ouvrages sont spécialement consacrés aux normes internationales du travail. Du côté des employeurs, on lira le Manuel publié par Alfred Wisskirchen et Christian Hess, *Manuel à l'usage des employeurs sur les activités normatives de l'OIT*, BIT, Genève, Bureau pour les activités des employeurs, ACT/EMP, Genève, 2002. Du côté des travailleurs, les publications réalisées tant par ACTRAV à Genève que par le Centre de formation du BIT de Turin sont fort nombreuses. Toujours très utiles, on relèvera leur grande dynamique pédagogique singulièrement à l'aide de CD-ROM thématiques.

regard de l'histoire de l'humanité, que fort récent). Constaté l'inégale effectivité et la relative efficacité de l'impact de certains mécanismes de contrôle relève de l'évidence. En conclure leur inutilité et leur obsolescence relève de la désinformation ou du procès d'intention. Il convient cependant de souligner combien le temps joue un rôle déterminant dans tous ces mécanismes et procédures. Ce temps sans lequel droit et diplomatie ne pourraient se rejoindre. Ce temps qui sépare la décision de l'action dans une grande institution. Ce temps qui fait d'un moment le meilleur ou le pire, politiquement⁵ ou économiquement.

A n'en pas douter, les exigences contemporaines sont pourtant celles d'une compression de ce temps qui nous échappe. Dans un délai – toujours plus court et souvent tellement déraisonnable au regard du fonctionnement, non pas apparent, mais en profondeur de nos sociétés humaines –, il convient de relever l'impact de la décision, d'en mesurer le succès. *Success stories*, dit-on si souvent, ici et là. Mais qu'en est-il du succès, de l'efficacité durable d'une norme, d'une procédure? Nos contemporains sont bien pressés, bien empressés de constater un échec ou une réussite d'une norme comme d'une institution. Convions-les à plus de relativité et de discernement dans l'analyse en matière de relations de travail et sociales plus généralement. Les bonnes pratiques, fondées sur la dynamique du consensus tripartite, requièrent l'épreuve du temps qui seul peut délivrer le label de durabilité. Et de la durabilité, gardons-nous de parler avec une insoutenable légèreté.

A l'intérieur comme à l'extérieur de l'Organisation et de son Bureau, il n'est pas inutile d'observer combien les débats et évolutions récents sont particulièrement riches et ouvrent de nouvelles perspectives dont bien sûr, à présent, on ne peut mesurer la portée exacte non plus que le véritable devenir. De ce point de vue, les écrits de Nicolas Valticos témoignent à la fois de cette confiance en l'Organisation qui participe avant tout d'un esprit constructif et d'ouverture à toutes évolutions pragmatiques qui, avec le temps, finissent par apparaître comme inéluctables et raisonnables. Qu'il s'agisse des procédures régulières comme spéciales, elles n'ont, depuis leurs origines, aucunement participé d'un esprit statique, d'un conservatisme juridique non plus que politique. C'est ainsi que Nicolas Valticos a pu proclamer haut et fort que le système de contrôle reste un modèle pour les autres institutions internationales,⁶ ce qui est l'occasion de constater qu'est souvent trop ignorée l'influence du droit – en

⁵ Un ministre du travail s'en est allé soudainement; et, tout ou presque, est à reprendre. Nombre de missions, de coopérations sont ainsi soumises aux dures lois de la dépendance des actions à l'égard des êtres et des conjonctures politiques. Ce qui renvoie sans doute à ces *parvae causae* qui, dans le droit, et singulièrement en matière de réformes, contribuent à ramener nombre de normes à des êtres. Des êtres dont souvent nous ne connaissons, en matière de relations internationales plus qu'en toute autre sans doute, ni le nom ni l'action.

⁶ Voir Nicolas Valticos, «Once More About the ILO System of Supervision: In What Respect is it Still a Model?» dans *Mélanges H.G. Schermers*, 1994, pp. 99-113.

toutes ses formes – secrété par l'OIT sur les autres institutions internationales. De même qu'en droit interne, il arrive bien fréquemment que soit sous-estimée l'innovation technique et institutionnelle qui résulte du droit du travail comme de la protection sociale, et ce, depuis leurs origines.

Droit international et droit social – nous pouvons le constater quotidiennement – sont à rapprocher de bien des points de vue. Il se pourrait qu'ils aient en commun une certaine perception de la «part» du droit dans l'activité humaine. Il se pourrait aussi qu'ils assignent aux institutions et aux procédures, un rôle à la fois déterminant et changeant. Et sans doute, dès lors qu'il s'agit de se pencher sur la «part» du droit dans l'action de l'OIT, il convient de s'attacher à dégager ce qui est dynamique propre, ce qui est une réponse particulière aux questions qui sont à résoudre. Qu'il s'agisse des acteurs, des sources, des concepts et méthodes, nous percevons à l'évidence combien ce droit ne saurait jamais être ni devenir formel, pointilliste, éclaté, simpliste. La «part» du droit est d'importance, car elle constitue un moyen privilégié d'articulation (et d'intégration) entre les actions si diversifiées, si mouvantes, si réactives aux défis sociaux, dans des contextes économiques comme politiques si différents.

Mais c'est sans doute toute la question de la culture juridique qui est alors posée. La mondialisation – dont on a plus haut évoqué les multiples facettes et implications par rapport interposé, celui de la Commission mondiale – est l'occasion de faire un bilan, et aussi d'envisager les chemins que toutes actions et pratiques normatives prendront, et pas seulement en matière sociale. Il est, de ce point de vue, important de susciter, au sein même du BIT, une réflexion prospective sur l'incontournable enracinement juridique de toutes les pratiques, des plus politiques aux plus bureaucratiques, des plus quotidiennes aux plus exceptionnelles. Et à celles et ceux qui, à partir d'arguments fondés, émettent doutes et critiques sur l'utilisation des normes dans la vie quotidienne de l'institution, il convient de lancer un appel: participer, peu important la formation de chacune et de chacun, économiste, juriste ou encore gestionnaire, à un débat sur la «part» du droit et singulièrement des normes internationales du travail dans leur activité quotidienne.⁷ Ce qui peut paraître, dans certaines situations bien exceptionnelles il est vrai, allergie au droit et aux normes, pourrait bien n'être que manque d'information et plus encore de formation (élémentaire et amicale).⁸

⁷ Aux fonctionnaires qui travaillent au BIT, qu'il soit permis de poser une question: votre présence au Bureau, participe-t-elle de cette vision commune et indispensable de l'Organisation? Et encore, à celles et ceux qui ont des responsabilités en matière de gestion des équipes et des relations de travail: participez-vous de la promotion du travail décent? Puisque de déficit du travail décent, il est justement question, toutes et tous, en tous lieux, sont nécessairement concernés.

⁸ Une réflexion s'impose, sur ce qu'«amicale» doit – ou peut – bien vouloir dire en droit. L'hypothèse étant que le droit ne se présente pas toujours – et ne le doit pas en certaines situations – de manière amicale. Car, peu importe la norme, à un moment ou à un autre, elle participe de l'hétéronomie, et implique une contrainte extérieure dont on s'accorde à penser qu'elle peut fort varier, notamment en matière de relations de travail (selon le système juridique comme le

Cette mobilisation intellectuelle et pratique, de tous côtés et en tous lieux,⁹ est indispensable pour que les mandants puissent mener à bien la tâche considérable qu'ils ont entreprise depuis quelques années. Une telle mobilisation implique une connaissance de ce qui a été entrepris, de ce qui a été réalisé, et de ce qui sera fait dans les prochaines années. Trop peu connue est sans doute cette action des mandants, qui, depuis quelques années, ont réalisé un examen critique et consensuel de la situation normative, ainsi qu'une révision des méthodes de travail des organes, notamment en matière de contrôle, auxquels il convient d'ajouter la mobilisation des honorables membres de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, qui ont créé une sous-commission à cet effet et dont certains résultats sont déjà visibles, à la seule lecture de leur dernier rapport.¹⁰

Bien évidemment, du côté des Etats membres, les appréciations peuvent sensiblement diverger quant à l'opportunité ou encore l'urgence de réformes, plus ou moins radicales (mais toujours limitées par un cadre constitutionnel dont il y a tout lieu de penser, fort heureusement qu'il restera stable, du moins dans

système de relations professionnelles). Il convient de séparer effectivité normative et pédagogie dans le droit, ce qui est l'occasion de souligner combien le Bureau international du Travail doit toujours faire un effort (tous départements confondus et surtout reliés) pour que la pédagogie (*user friendly*) participe de toute action normative. Qu'il soit permis d'ajouter qu'un *PowerPoint* (pour ne pas parler de présentation sans informatique, qui peut cependant rester fort percutante et convaincante) «lançant» les normes sur une assemblée n'est pas nécessairement «amicalement» perçu et encore moins assimilé par les destinataires. Car toute pédagogie implique un lien culturel, une prise en compte des réalités vécues par ses destinataires, dont on attend qu'ils deviennent des acteurs. En droit, à l'évidence, un effort sera toujours à faire pour que toutes et tous les fonctionnaires aient la suffisante conscience de ces exigences. Car, ces dernières sont la condition d'un enrichissement permanent des normes. Un droit international du travail amicalement (dans l'esprit ci-dessus mentionné) présenté est destiné à s'enraciner – et s'enrichir – des pratiques, comme du tripartisme, de chaque Etat membre. C'est pourquoi est si déterminante l'expérience, la connaissance par les fonctionnaires du Bureau du terrain, des relations de travail, comme du droit et des pratiques dans les Etats membres de l'Organisation.

⁹ La contribution d'associations nationales pour l'OIT s'avère d'une grande richesse et vaut d'être partagée (voir notamment le colloque de l'Association française pour l'OIT, AFOIT, du 19 octobre 2001, *L'actualité des normes internationales du travail*, Paris, Conseil économique et social, et encore, celui du 25 octobre 2003, *L'OIT face aux défis sociaux de la mondialisation*. Toutes ces publications se trouvent sur <http://www.afoit.org>.

¹⁰ Pour le rapport pour la session de 2003, publié en 2004, on convie le lecteur à découvrir les innovations (telles que le regroupement des conventions par sujet ou encore la mise en exergue des grandes tendances susceptibles de découler de l'analyse des rapports soumis par les Etats membres). Le lecteur consultera utilement les travaux de la Commission d'application des normes de la Conférence de juin 2004, pour analyser la réception de ces évolutions par les mandants. Il serait heureux qu'un (plus) large débat – libre et critique – puisse s'ouvrir de tous côtés (employeurs, travailleurs, gouvernements, juristes, universitaires) pour déterminer quelles améliorations sont attendues. Un rapport se veut avant tout le fruit d'un dialogue recherché, des synergies attendues, des solitudes rompues, d'une communauté de pensée stimulée. De façon plus générale, force est de relever que, sur de nombreuses et importantes questions juridiques, le débat doctrinal fait preuve d'une certaine atonie. Il convient d'analyser cette dernière et de contribuer à mettre fin à une situation dont on pressent, compte tenu des demandes normatives, qu'elle ne saurait durer.

un avenir prévisible). Mais il convient d'en analyser avec rigueur les motivations et les conséquences possibles. Jusqu'à présent, cette Organisation n'a jamais cru devoir céder à la tentation de remettre en cause l'universalisme qui inspire le fonctionnement et gouverne les pratiques des organes de contrôle. De ce point de vue, la guerre froide fut une sérieuse mise à l'épreuve. Et Nicolas Valticos, aux côtés des directeurs généraux qui se sont succédé,¹¹ fut sans doute l'un des plus ardents avocats et gardiens de l'universalisme.¹² Pourtant, de 1919 à 1989, il n'en fut rien, même si les pays du bloc communiste, à de nombreuses reprises, menèrent des combats divers et parfois acharnés. Il pourrait en être résulté – hâtivement, mais bien trop – que la fin de la division du monde en deux blocs a mis fin à de tels débats et affrontements. La bipolarité idéologique et politique n'avait pas manqué de masquer une diversité préexistante des problématiques et pratiques en matière de relations de travail et professionnelles. La multipolarité conduirait-elle nécessairement à un renforcement de l'universalisme des normes, à une légitimité renouvelée des organes de contrôle de l'application? Rien n'est moins sûr. Que de rudes débats, et sans doute aussi de nouveaux affrontements possibles, s'ouvrent en effet devant nous. La dynamique du multilatéral saura-t-elle écarter les assauts majeurs du bilatéralisme? Le droit international résistera-t-il aux nouvelles formes que prennent les conflits entre groupes et peuples? Voici qu'en des termes et avec un langage nouveaux, de graves périls menacent les constructions normatives, des plus anciennes aux plus récentes.

S'impose l'urgence d'une réflexion sur le lien pertinent qu'il convient d'établir entre normes internationales et souveraineté des Etats. De même, la constitution d'entités régionales, tout comme la décentralisation d'institutions internationales pose, tôt ou tard, le problème de l'universalisme des normes et des pratiques y relatives. De même en est-il de ce mouvement de décentralisation de la gestion des institutions, dont on ne peut encore déterminer toutes les conséquences à moyen et long terme. Les juristes attirent l'attention sur l'impact de décisions et politiques qui, à première vue, n'ont pas de relations directe avec la règle de droit. Car toute norme (même administrative et de gestion, qui *volens volens* participe du droit) prend sa place dans un système qu'elle peut grandement

¹¹ Qu'il suffise de citer le si fort témoignage de Francis Blanchard, *L'Organisation internationale du travail. De la guerre froide à un nouvel ordre mondial*, préface de Philippe Seguin, Editions du Seuil, Paris, juin 2004.

¹² Il va de soi que l'universalisme ne naît point d'un seul travail juridique réalisé au BIT. Il traduit de profondes convictions dont les racines philosophiques doivent beaucoup à des civilisations antiques, telle la Grèce. Ce qui est l'occasion de rendre hommage à ces philosophes, tels Platon et Aristote, dont Nicolas Valticos était le familier. Sachons enraciner toute pensée juridique en droit international (du travail) dans les profondeurs des philosophies et des spiritualités et bien évidemment pas seulement occidentales. Ainsi doit-il en être aussi nécessairement pour le travail décent, comme pour tout domaine d'activité du BIT. Il convient donc de lire de toute urgence l'ouvrage publié sous la direction de Dominique Peccoud (ed.), *Philosophical and spiritual perspectives on decent work*, ILO-WCC-IELS, Geneva, 2004.

contribuer à remettre en cause ou renforcer. Toute pièce de ce dernier peut contribuer à changer en tout ou partie les équilibres majeurs entre intérêts légitimes que le droit a pour finalité de préserver dans tous régime et institution démocratiques, au plan national comme international. Ce qui n'est nullement considérer que le droit soit l'obstacle au changement, le refus de l'adaptation. C'est tout le contraire, pour qui intègre la dimension juridique indispensable dans toute stratégie politique, comme sociale et économique. Pour anticiper, appuyons-nous donc sur le droit.

Ainsi, au fil du temps, et en présence de situations géopolitiques profondément évolutives, la dynamique du droit international du travail n'a cessé de se manifester sous des formes les plus diverses, et parfois imprévues, mais toujours réactives et avec une créativité que d'aucuns croyaient perdue. Souligner cette dynamique, en des temps de perplexité¹³ est indispensable. Car le doute pourrait bien en effet avoir gagné l'esprit de nombre de juristes, en toutes branches du droit.¹⁴ On peut certes constater, pour le déplorer, que cette construction normative reste insuffisamment connue, comprise et, partant, appuyée autant qu'il conviendrait. Cependant constats et regrets ne valent pas autant que volonté et ardeur. L'observation vaut pour le droit substantiel comme pour le droit procédural. Il convient donc de mobiliser toutes les énergies, au sein comme à l'extérieur de l'Organisation et du Bureau, pour répondre de la meilleure façon possible à cette nécessité de renforcement de l'efficacité du système des normes internationales du travail. Voici le temps venu de grandes opportunités. Et nous savons que sur le fondement du tripartisme, et prenant la boussole de l'universalisme, les normes nous permettent d'œuvrer en faveur du développement de chaque pays comme de la paix entre les nations. La lecture du rapport de la Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation nous en apporte une preuve nouvelle.¹⁵ De même, le rapport du Directeur général à la

¹³ On se souvient du titre des Essais publiés en l'honneur de Shabtai Rosenne, *International Law at a Time of Perplexity* (Martinus Nijhoff Publishers, 1989), dans lesquels Nicolas Valticos a publié un article, si fameux, consacré à la "Nature et portée juridique de la ratification des conventions internationales du travail" (pp. 987-1004). Comme est en effet originale et importante la règle de la soumission aux autorités compétentes.

¹⁴ C'est un constat de sociologie juridique, que les juristes en sont venus à douter du droit (ce qu'en France, le Doyen Carbonnier avait si remarquablement souligné, de longue date). Mais ce doute est aussi aux origines d'un renouveau du droit et de ses sources. Le droit est trop sérieux pour être laissé entre les mains des seuls juristes, et encore moins sans doute des seuls fonctionnaires internationaux. Mais à ce doute répond la nécessité d'une reconsidération de la «part» du droit dans l'action de toute organisation internationale, et bien sûr en premier lieu de l'OIT, dont les normes lui sont consubstantielles. Il n'est pas sans importance de relever que, depuis quelques années, la perplexité a fait son entrée dans les intitulés mêmes d'ouvrages relevant de la catégorie des Mélanges. Peut-on s'en étonner puisque ces Mélanges sont occasion d'exprimer pensées et problématiques avec plus de recul et de liberté, non sans regrets intellectuels et nostalgie humaine (voir l'ouvrage précité *International Law at a Time of Perplexity*).

¹⁵ Le synopsis ainsi que l'intégralité du rapport *Une mondialisation juste. Créer les opportunités pour tous* peuvent être consultés sur <http://www.ilo.org/wcsdsg>

Conférence de juin 2004 trace la voie pour qu'une telle affirmation devienne réalité, en précisant quel doit être le rôle de l'OIT.¹⁶ Demandons-nous comment prendre, de la meilleure façon possible, le parti du renforcement des normes internationales du travail.¹⁷

III. Du renforcement des normes internationales du travail

Les normes internationales du travail sont frappées du sceau de l'ambivalence. Car elles procèdent du droit international du travail, qui est lui-même ambivalent, ainsi qu'il a été souligné avec force par tant d'auteurs: d'une part, droit international public, élément des relations internationales, et, d'autre part, droit social (du travail, des relations professionnelles, et de la protection ou sécurité sociale) international. Contribuer au renforcement de ces normes implique tout naturellement la prise en considération de cette dualité, d'origine comme de destination. Il n'est dès lors pas étonnant que ce droit nécessite une double adéquation.¹⁸ En effet il tient sa richesse comme sa

¹⁶ Voir *Une mondialisation juste. Le rôle de l'OIT*, Rapport du Directeur général sur la Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation, BIT, 2004.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 49-55.

¹⁸ Notons, en passant, que le concept d'adéquation est synonyme de pertinence (concept un peu étrange pour certaines cultures et langues). Les normes internationales du travail doivent répondre à la demande qui est à leur origine. Dans leur application, elles doivent permettre d'obtenir le résultat pratique recherché. Mais, ainsi qu'on le soulignera plus avant, l'obtention d'un tel résultat implique toujours un enracinement en droit interne, une acculturation sociale et politique. L'universalisme n'a jamais voulu dire l'unité de traduction de la norme. C'est la richesse même du droit international du travail que de se laisser couler dans un moule national, avec souplesse donc, mais sans jamais accepter que ce moule ne porte atteinte à l'essence, à l'esprit de la norme. Du particulier à l'universel, et de ce dernier au particulier: tel est le naturel et complexe mouvement du droit international du travail. Qu'il s'agisse de créer ou encore d'appliquer les normes. Ainsi donc, sous tous les climats, on doit s'assurer – tant les exemples sont contrastés et quotidiens – que la norme pourra vivre d'elle-même, nourrir les pratiques les plus locales (d'où l'extrême importance de la traduction des normes dans les langues les plus appropriées et proches de leurs utilisateurs). Pour que la norme internationale vive, le plus déterminant des facteurs reste bien celui de la volonté politique, de l'existence d'un tripartisme authentique dont le pilier central est bien évidemment celui de la liberté syndicale. Le travail du juriste, soucieux de l'effectivité et de l'efficacité des normes internationales du travail est de donc de contribuer – en mêlant tradition et modernité – à cette permanente rencontre et conciliation, souple et rigoureuse, entre particularismes et universalisme. Le concept de travail décent est sans doute de nature à renforcer cette capacité – voir notamment Juan Somavia, *Perspectives on Decent Work*, ILO, Geneva, 2000. Et les juristes du travail, doivent contribuer à lui donner toute sa substance et portée. Ce qu'attestent déjà certains travaux juridiques à travers le monde. Mais nous n'en sommes qu'au début d'une mobilisation intellectuelle et pratique. Ici encore, il faut que le temps permette au tripartisme de nourrir le concept, lui donnant sa richesse et sa dynamique universelles.

pertinence de cette double appartenance. D'un côté, il s'agit bien d'un droit international public,¹⁹ qui procède d'une construction dans laquelle les Etats ont un rôle essentiel, même si le tripartisme les place dans une situation inédite et bien particulière²⁰ et dont ils sont les premiers destinataires.

Les normes internationales du travail sont destinées à être appliquées par les Etats membres, et en premier lieu par la voie de la ratification dont Nicolas Valticos n'a cessé de souligner avec tant de pertinence l'originalité et l'importance.²¹ Mais ce droit international est social, ou n'est point. C'est dire que sa substance doit être recherchée dans le droit social, droit du travail et des relations professionnelles, comme de la sécurité sociale réunis. Et bien évidemment, le droit implique toutes les pratiques relatives à ces questions. De ce point de vue, Nicolas Valticos, de façon souvent discrète mais soutenue, établit dans ses activités comme ses travaux, de multiples connections, étant particulièrement sensibles à toutes les synergies, les interactions non seulement dans le droit, mais à partir du droit.²² Son traité de droit international du travail, publié aux éditions Dalloz, traduit cet intérêt à l'égard de la substance,

¹⁹ Et l'on sait, dans certains systèmes juridiques, combien la distinction entre droit «public» et droit «privé» a de l'importance, et certaines conséquences techniques précises. Cependant, les emprunts réciproques qui sont désormais si considérables et fréquents entre systèmes juridiques – en raison notamment de la construction de droits régionaux intégrés, telle l'Union européenne – conduit, ici et là, à une certaine reconsidération de cette distinction. De même, les évolutions du droit du travail des secteurs privés et publics semble confirmer cette prudence tant sur un terrain dogmatique que pratique.

²⁰ Pour ne pas dire surprenante, bien étrange, voir choquante, pour nombre de juristes et de diplomates. Une enquête sociologique nous apprendrait sans doute beaucoup sur la «découverte» par certains représentants de missions, de l'OIT et du BIT lors de leur premier séjour au bord du Lac de Genève. Comment découvrent-ils et perçoivent-ils ce tripartisme «en action»? A l'évidence, une analyse de l'impact des regroupements régionaux des Etats serait aussi à mener. Quelles relations sont développées entre ministères compétents (affaires étrangères, économie, travail et protection ou sécurité sociale), singulièrement en matière normative? A l'évidence, la tâche de nos amis diplomates n'est pas des plus aisées. Avec ce constat habituel, que pour le «social», certains ont plus d'aptitude et d'ardeur que d'autres. En somme, rien de bien différent au plan national et international. On ne manquera pas en outre, dans une perspective historique, d'analyser la composition des délégations à la Conférence internationale du Travail, comme au Conseil d'administration, notamment. L'hypothèse étant que cette composition a fort évolué depuis 1919. Et que le temps n'est plus celui d'une participation directe de nombreuses personnalités politiques nationales du plus haut niveau. Bien des facteurs peuvent expliquer une telle situation, qui pourra bien sûr évoluer, en raison notamment de l'importance politiquement croissante de la dimension sociale de la mondialisation.

²¹ Voir notamment Nicolas Valticos, précité note 13.

²² Comme il est heureux de constater qu'en un même article, le Chef du département des normes et le Conseiller juridique s'expriment d'une même voix sur des questions d'importance pour l'OIT, et apportent la preuve des complémentarités au sein même de l'activité juridique, qui font la richesse du BIT (voir Nicolas Valticos et Francis Wolf, «L'organisation internationale du travail et les pays en voie de développement: techniques d'élaboration et mise en œuvre des normes universelles» dans *Pays en voie de développement et transformation du droit international*, Société française de droit international, Colloque d'Aix-en-Provence, 1974, pp. 127-146).

du contenu des normes internationales du travail, tout autant que du droit international et de ses techniques propres.

Car en effet, un danger guette: celui de privilégier la part du droit international public, au point d'en presque oublier le contenu social. La richesse de cette branche du droit tient à cette fécondation réciproque des concepts et méthodes, entre droit international et droit social, qu'ont si pertinemment mise en lumière des auteurs, tel Georges Scelle. Une rencontre de la sorte suppose de toujours s'en aller à la recherche des principes qui inspirent toute règle, de l'esprit qui anime toute norme et de relier toutes les formes que peuvent revêtir les normes dans la réalité sociale. Car il est bien des façons de «décliner» le contenu du droit international du travail, l'objectif restant clair et partagé. La recommandation de la Commission mondiale, rappelée par le Directeur général, est bien celle «d'intégrer le renforcement du système des normes internationales du travail dans le programme élargi du développement international».²³ Il s'agit donc non seulement d'affirmer la pertinence du contenu de ces normes, mais aussi d'en assurer une meilleure articulation comme synergie, tant interne qu'externe (au sein de l'OIT comme de l'ONU et des autres organisations internationales et régionales). Pour parvenir à cette intégration, il convient d'œuvrer dans une double direction: complémentarité et adaptation des normes internationales du travail.

De la diversité des normes, devrait tout naturellement résulter la complémentarité et la synergie juridiques. Du moins, en un monde parfait, celui qui précisément ne peut jamais être celui des juristes. Les juristes, peu important leurs professions,²⁴ savent combien les normes peuvent prendre le chemin de l'isolement, de la marginalité, pour se considérer comme suffisantes, en n'envisageant ni avant ni après. Norme isolée, norme perdue. Normes sans enracinement, droit sans effectivité ni efficacité. Toute norme juridique naît d'une vie antérieure. Naître et renaître, dynamique chère à Borges. Toute règle juridique est annoncée. Pour qu'une norme existe, il lui faut de profondes racines. Ces dernières doivent être pleinement perçues. Pour ce réaliser, il faut donner toute

²³ Voir rapport précité, note 16, p. 49.

²⁴ Comme il est important de réunir en une même Commission (telle celle des experts pour l'application des conventions et recommandations), juristes de différentes professions (avocats, juges, professeurs notamment) et de systèmes juridiques divers. L'universalité des normes se nourrit d'une telle complémentarité (et aussi diversité) des analyses et problématiques. Mais il n'est pas si facile entre gens de *common law* et gens de droit civil, sans oublier nos amis de droit musulman, de pouvoir utiliser un langage commun, des concepts partagés. Et encore, pour les juristes d'intégrer cette utilisation du droit qui sera faite en des contextes si différents. Mais s'il est bien une nécessité, pour les experts en toutes institution et situation internationale, c'est désormais d'intégrer le droit dans le programme élargi de développement international. Ce qui implique une forte pensée sur la «part» du droit dans ce dernier, et pas seulement des normes internationales du travail. Le préalable de la «bonne gouvernance» est sans doute de nature à redonner au droit sa place, à la fois toute relative et pourtant si déterminante.

leur portée au droit comparé du travail et de la sécurité sociale, aux droits humains,²⁵ et, en fin de compte, – oserait-on écrire – au droit commun.²⁶

L'affirmation du contenu des normes internationales du travail implique nécessairement la mise en lumière d'une double diversité, dont on doit toujours tirer le meilleur parti pratique comme théorique. D'une part, ces normes sont la résultante des pratiques diverses dont on pourrait dire que l'essence est traduite dans le texte d'une norme internationale du travail. Pour qui veut approfondir sa connaissance et compréhension des normes internationales du travail, il convient de toujours percevoir les normes, tel un parfum dont les multiples senteurs traduisent la complexe composition, tout autant que la subtile symbolique. Est-on en présence d'une norme, et peut-on un instant songer qu'elle ait une traduction pratique univoque? Il ne peut jamais en être ainsi. Car une même norme internationale doit pouvoir connaître une application adaptée aux contextes nationaux fort différents et souvent si contrastés, tout façonnés qu'il sont par l'histoire politique et sociale de chaque pays.

Qu'on songe ainsi à la diversité des systèmes de relations professionnelles et à la nécessaire et première affirmation de la liberté syndicale. S'agit-il d'imposer des institutions et pratiques syndicales uniformes? Peut-il s'agir d'ignorer l'histoire et la profondeur de chaque système de relations professionnelles? Malheur à celle ou celui (institution comme personne) qui entendrait imposer sa propre vision des relations professionnelles et donner sa réponse personnelle et définitive à une question, sans prendre en compte pleinement le contexte dans lequel devra vivre et se développer toute norme juridique relative à la liberté syndicale.

La norme, c'est en quelque sorte, à partir de présupposés communs (dès lors qu'on est membre et participe à l'activité de l'Organisation comme du Bureau), l'ouverture à un espace de liberté maîtrisée qui concilie de la meilleure façon particularismes de son environnement et appartenance à la communauté internationale. La doctrine du comité de la liberté syndicale²⁷ illustre parfaitement

²⁵ Remarquable insistance de Nicolas Valticos à souligner ces liens en profondeur pour l'analyse et ces synergies diverses dans l'action (voir notamment «Droit comparé et droit international du travail», *Recueil des travaux suisses présentés pour le X^e Congrès international de droit comparé* 1979, pp. 157-174; «Les droits de l'homme et l'Organisation internationale du Travail» dans *Mélanges Séfériadés*, Athènes, 1960, pp. 99-127).

²⁶ Un large et stimulant débat se développe à propos du droit en présence de la mondialisation dont il a été plus haut parlé (voir notamment Mireille Delmas-Marty, «Etudes juridiques et internationalisation du droit», *Cours et travaux du Collège de France, Résumés 2002-2003*, Collège de France, Paris, Annuaire 103^e année, pp. 633-658; Bob Hepple (ed.), *Social and Labour Rights in Global Context – International and Comparative Perspectives*, Cambridge Univ. Press, 2002; Roger Blanpain and Manfred Weiss (eds.), *Changing Industrial Relations and Modernisation of Labour Law – Liber Amicorum in Honour of Professor Marco Biaggi*, Kluwer Law International, The Hague, 2003. A l'évidence, est commun ce qui est fondamental (voir *Droits fondamentaux et normes internationales du travail*, BIT, Genève, 2004), mais pas seulement. Cette dernière précision doit mobiliser toutes les énergies doctrinales.

²⁷ A la lecture du *Recueil de décisions* publié en matière de liberté syndicale, chacun peut mesurer combien les grandes questions des relations professionnelles contemporaines sont saisies

à la fois la simplicité et la force des principes que traduisent les conventions et recommandations en matière de liberté syndicale. Aux origines et au cœur de la norme internationale, se trouve toujours une problématique dont la compréhension peut toujours être facilitée. La norme internationale du travail doit pouvoir se raconter.²⁸ Elle évoque de multiples possibilités d'action, et libère des énergies dont il pourra résulter un consensus donnant accès à des solutions tangibles. La norme doit donc porter en elle cette capacité de laisser aux acteurs donner vie à la norme en la faisant leur. La norme internationale du travail consacre donc toujours le triomphe de l'autonomie (en ses multiples formes, parfois si difficiles à articuler) sur l'hétéronomie (en sa forme la plus dangereuse, tant politiquement que socialement). C'est sans doute pourquoi on s'attachera à développer les concepts juridiques comme les pratiques sociales nationales et régionales qui assurent une réelle acculturation de la substance même des normes internationales du travail. Ce faisant, au niveau international, comme local,²⁹ il peut être apporté une réponse aux multiples défis de la mondialisation.

au vif dans le vaste filet des normes relatives à la liberté syndicale. Avec cette évident constat que le tripartisme, au niveau national comme international, conduit à donner des réponses équilibrées aux questions les plus complexes et conflictuelles. Ce n'est pas, sans doute, l'un des moindres mérites du droit international du travail, que de mettre l'accent sur l'essentiel et de convier chacune et chacun à s'approprier la norme pour en faire un point de départ pour une nouvelle dynamique sociale. Et s'il arrive que la norme ne porte point sur l'essentiel et ne puisse provoquer une telle dynamique, il convient alors aux mandants de s'interroger sur son bien-fondé et son devenir. Le consensus peut n'être pas facile. Mais, depuis quelques années, la politique normative est bien au cœur de la préoccupation des mandants, ainsi qu'il est souligné succinctement dans les lignes qui suivent.

²⁸ Il arrive que telle convention fasse l'objet d'une bande dessinée. Et que l'impression soit celle d'un accès soudain à un droit tout simple et désormais de bon sens. Du bon usage de la BD appliquée au droit, il reste cette impression que le plus essentiel et complexe peut toujours être présenté en puisant à l'essentiel de la norme pour en tirer ses multiples implications. A l'essentiel, le juriste se doit toujours de revenir et se consacrer. Il n'existe plus de doute sur l'utilité de la norme juridique, lors que de l'essentiel il est traité. Ce qui implique, parfois, de faire une certaine économie en matière de détails. Equilibres nécessaires et souvent imparfaits, d'un droit soucieux de l'efficacité: entre incitation et sanction, entre généralité et précision, entre technique et vulgarisation. Le drame est parfois que les destinataires des normes aimeraient qu'un droit «sur mesure» (entendez à leur seule mesure) leur soit proposé. Ce qui bien sûr serait pour la norme juridique, et plus gravement pour l'Etat de droit, extrêmement périlleux.

²⁹ La Commission mondiale insiste sur la nécessité d'une stratégie de changement au niveau local, et non pas seulement d'une nouvelle gouvernance de la mondialisation au plan international. Et, de souligner qu'il existe «un large accord international sur les objectifs essentiels que nous devons tous nous efforcer d'atteindre d'urgence» (voir rapport précité note 2, synopsis, p. XII): bonne gouvernance politique, Etat efficace, société civile dynamique, organisation de travailleurs et d'employeurs représentatives et fortes. A l'évidence nombre de normes internationales du travail constituent les instruments juridiques pour une telle action dans l'urgence. Ce qui conduit à penser qu'il faut, avant tout, mettre en œuvre ce qui juridiquement déjà existe, et ne point toujours songer à de nouveaux instruments qui pourraient bien parfois répondre avant tout à quelque mode (notamment normative) qu'un certain conformisme contemporain accentue sans doute inconsciemment. Revenir aux textes anciens et fondateurs est parfois le plus rapide chemin pour répondre aux défis contemporains. Relisons donc les premières publications du BIT – voir notamment *Dix ans d'Organisation internationale du Travail*, préface par Albert Thomas, BIT, Genève, 1931.

L'euphorie non plus que le cynisme ne sont de mise, ainsi qu'il a été souligné dès l'abord. C'est pourquoi les juristes doivent affronter tous les défis qui se présentent à eux. Et parmi les plus terribles et radicaux défis, se trouve celui de l'économie informelle, sur laquelle les mandants de l'OIT ont eu, au cours des dernières années, des débats d'une grande force et d'une immense utilité pour la communauté internationale. A dire vrai, il est, dès l'abord, difficile d'aborder cette question en raison des obstacles terminologiques et de compréhension. Bien mal à l'aise sont les juristes en présence d'un vocabulaire qui leur vient de l'économie. Car ce pourrait bien être un constat d'échec du droit, de l'impuissance des normes, de la vanité des concepts et doctrines juridiques, de la marginalité des institutions et procédures «officielles». Ineffectivité massive du droit du travail et de la sécurité sociale, constatera-t-on à cette occasion, et ce en de nombreux pays et continents, à tel point, que la question peut être posée: à qui s'appliquent donc ces textes juridiques, censés réglementer les pratiques en matière sociale? Il est bien vrai que le comparatiste du travail n'a pas manqué, s'il a du droit une vision pratique, de se demander quelles peuvent être les pratiques que recouvrent les textes. Si nombreux sont les codes rédigés de la meilleure façon, par de distingués juristes; mais si loin des réalités et des pratiques, qu'ils sont destinés à ne jamais connaître d'effectivité. Il n'est pas rare que huitante ou nonante pour cent de la population active se trouvent précisément dans ce qu'il est convenu d'appeler l'économie informelle. Et d'en conclure, sans précaution et avec précipitation: voici la preuve d'une inadaptation du droit, d'une ineffectivité et inefficacité définitive du droit social. Certes, on ne peut écarter que de telles situations puissent se présenter. Le droit ne sécrète-t-il pas tout naturellement des contournements, des fraudes, la recherche de compromis dans le non-droit (souhaités par les intéressés, individus comme groupes)? Cette problématique implique de nombreux instruments d'analyse économique comme sociologique que le juriste se sent bien incapable de mener.

D'expérience, cependant, il faut rejeter certaines analyses qui font du droit un bouc émissaire tout désigné, qu'il conviendra tout naturellement d'immoler en sacrifice expiatoire, sur l'autel du «libre marché». Mais l'OIT et le BIT se doivent de mener un combat intellectuel et pratique contre toute mise en accusation systématique et radicale des normes sociales, notamment internationales. Du coût du droit, il doit être sérieusement parlé. De l'impuissance normative, il doit être traité, mais avec de sérieux préalables, notamment méthodologiques, dont nous laissons le soin aux collègues économistes et sociologues de déterminer les contraintes, en espérant cependant qu'ils écoutent quelque peu les juristes à propos du droit. De nombreuses analyses conduisent à rejeter nombre d'affirmations simplistes et erronées qui sont tellement répétées qu'elles ont fini par s'imposer comme des évidences et acquérir force scientifique. Le rôle des normes internationales du travail est bien plus complexe qu'il n'y paraît, tant du côté juridique que du côté économique. Et la «part» du droit international dans le dévelop-

pement peut être aisément mis en relief³⁰ et être pris en compte dans toute action à tous niveaux. Du coût du non-droit, il n'est pas suffisamment fait état. L'analyse doit être développée en tous domaines³¹ et elle contribue à développer une toute autre perception de la «part» du droit dans le développement.

Qu'il soit permis d'insister pour une autre raison sur les périls d'une analyse insuffisante de l'économie informelle, du point de vue juridique. Il va de soi que l'économie informelle n'est pas synonyme, en sa totalité, d'absence de droit, voir de non-droit. Cependant, pourvu qu'on soit attentif aux réalités sociales et politiques, il résulte que l'absence de droit (et pas seulement du travail) qui reste lié à l'économie informelle dans nombre de ses aspects, révèle un coût humain, social et bien évidemment économique, d'importance. Ce qui fait obstacle à la mise en œuvre d'une stratégie visant à promouvoir le travail décent, est fort souvent précisément l'absence d'Etat de droit. Il n'est de dignité humaine, dans le travail ou en dehors, que dans la mesure où l'égalité devant le droit, la connaissance du droit, le recours au droit est possible. Les ennemis les plus implacables du travail décent sont donc nommés et connus de tous: violence, corruption, discrimination. Voici que se présente ce qu'il faut appeler l'enfer du non-droit, le cercle vicieux de l'exclusion et de la pauvreté. Ainsi, pour permettre au plus grand nombre de quitter pareilles situations dramatiques, c'est bien de droits qu'il doit s'agir, à un moment ou à un autre, d'une façon ou d'une autre. Mais il va de soi que le recours au droit ne peut être fait de façon dogmatique et irréaliste. Nombreux sont les auteurs qui nous font part de leur expérience et proposent des pistes innovantes et adaptées à leur contexte national et régional. Ces personnalités n'hésitent pas à parler d'une centralité de la question juridique dans les économies informelles.³² Écoutons ces vibrants appels au droit et œuvrons pour que les normes internationales du travail soient un appui utile dans cette perspective.

Qu'il soit permis de relever l'importance du débat qui s'est déroulé au sein de l'OIT à propos de l'économie informelle depuis quelques années. Existe-t-il sujet plus délicat? Peut-on envisager que pareille question puisse être traitée par les mandants et déboucher sur des analyses partagées? S'il est besoin d'une preuve de la dynamique du tripartisme, qu'on la saisisse ici, à propos de l'économie informelle! Mais il reste sans doute à faire mieux connaître ces

³⁰ Pour une analyse et une argumentation développée, voir notamment Werner Sengenberger, *Globalization and Social Progress: The Role and Impact of International Labour Standards*, Friedrich Ebert Stiftung, Bonn, 2002; Bob Hepple, *Labour Law, Inequality and Global Trade*, Hugo Sinzheimer Institut, Universitet van Amsterdam, 2002. Plus généralement, voir Werner Sengenberger and Duncan Campbell (eds.), *International Labour Standards and Economic Interdependence*, ILO-IILS, 1994.

³¹ Il est essentiel de relever l'importance des études qui ont été publiées, singulièrement à propos des normes relatives à la liberté syndicale et au droit de la négociation collective (pour l'Amérique latine, voir Rossana Galli and David Kucera, «Labor Standards and Informal Employment in Latin America», *World Development*, vol. 32, 2004, No. 5, pp. 809-828).

³² Voir notamment Kamala Sankaran, «Labour Standards and the Informal Economy in South Asia: Need for a Rights-Centered Approach», *Delhi Law Review*, vol. 24, 2002, pp. 90-99.

travaux.³³ Puisse le tripartisme faire du droit un modeste instrument pour inverser certains mouvements et remettre l'espoir là où il semblait avoir définitivement disparu. Ne jamais abandonner, ainsi que Nicolas Valticos l'a montré de façon exemplaire tout au long de sa vie.

Dans le prolongement du propos qui précède, pour qui veut une autre preuve de la capacité du tripartisme à traiter des questions d'importance, de façon prospective et créative, il convient de relever toute l'importance des analyses, débats et propositions qui ont eu lieu en matière de sécurité sociale depuis quelques années à l'OIT³⁴ et au BIT. Ici encore, le juriste se félicitera que les normes internationales de la sécurité sociale puissent être insérées de nouvelle façon dans des stratégies adaptées aux grands défis que les mandants, sur une base tripartite et consensuelle, ont décidé de relever et qui donne toute sa portée pratique à la campagne mondiale pour la sécurité sociale et la couverture pour tous dans le monde.³⁵ Il s'agit bien, dans les exemples précités, d'un tripartisme vivant qui entend donner un rôle renouvelé aux normes internationales du travail.

La complexité du droit naquit, pour une partie non négligeable, de la prolifération de ses normes. De cette multiplication, on se félicitera. Car c'est le triomphe de l'Etat de droit. Tout doit être fait pour que l'accès au droit soit facilité et que l'on puisse réclamer tout autant que contester l'application des normes juridiques, dont une procédure équitable permettra de déterminer le sens et la portée pratique. A l'aube d'un nouveau millénaire, on ne saurait que se réjouir des récents développements d'un droit international (et pas seulement du travail).³⁶

Mais il est vrai qu'il faut prendre gare et écouter ceux qui dénoncent la prolifération des normes et des procédures en tout genre. La multiplication des normes répond certes à des demandes sociales, ainsi qu'à des impératifs techniques. Mais elle correspond aussi à une sorte de mouvement perpétuel, incontrôlable, une mode du changement plutôt en apparence qu'en profondeur.³⁷ Il faut

³³ On lira avec attention le rapport *Travail décent et économie informelle* de la Commission de l'économie informelle, ainsi que la résolution et les conclusions y relatives, Conférence internationale du Travail, 90^e session, 2002, *Compte rendu des travaux*, pp. 25/1-25/67.

³⁴ Voir *La sécurité sociale – questions, défis et perspectives*, Conférence internationale du Travail, 89^e session, 2001, *Compte rendu des travaux*, pp. 16/1-16/38.

³⁵ Voir <http://www.ilo.org/public/french/protection/socsec/pol/campagne/index.htm>

³⁶ Avec ce tempérament qu'il n'est de droit qui se développe de façon linéaire. Bien des régressions, bien des négations sont toujours à attendre. Mais les juristes savent que promouvoir l'Etat de droit est un combat sans fin et sans frontière. Ne jamais renoncer: telle est sans doute la devise de tout diplomate et juriste qui œuvre pour la promotion des droits humains comme du travail décent dans le monde. Il y est aidé par le contenu des normes, et singulièrement des normes internationales du travail, qui prennent le parti de l'espoir et de la mobilisation. Cynisme et renoncement ne participent pas de leur esprit.

³⁷ Changer de loi comme de «look»? Le pire étant de prendre le droit comme un instrument de pure communication, sans lui attacher de réelle et pratique portée, non plus que de profonde signification. En somme, ne point le prendre au sérieux. En de nombreux pays, l'impression peut être que changer de loi vaut, *per se*, transformation de la société. Il va de soi qu'il n'en est

donc trouver le bon équilibre entre changement normatif et stabilité juridique, entre pratique traditionnelle du droit et encouragement des expériences normatives. Etant observé que dans une même institution, les deux sont appelés à coexister, et plus encore à s'enrichir mutuellement. Il ne faut donc pas opposer droit nouveau et droit ancien, pratiques d'antan et pratique de demain, non plus que droit «mou» (*soft law*) et droit «dur» (*hard law*).

Ce que certains qualifieront de mal contemporain (tant de droit finira bien par nuire au droit et aux sociétés), constitue un fait social, national tout autant qu'international. Du côté du droit international du travail, de la multiplication et de la diversité des normes, on fera un atout. En souhaitant cependant qu'il soit tenu le plus grand compte, lorsqu'une nouvelle norme est envisagée, de ce qui existe et se pratique au sein des différentes organisations internationales, mondiales ou régionales. Il est bon que certains sujets retiennent l'attention du «législateur» international.³⁸ Mais il est très grave et particulièrement dommageable pour l'application des normes que les concepts retenus soient parfois différents, que des doublons normatifs surgissent ici et là, que des incohérences juridiques grandissent entre instruments et institutions traitant des mêmes sujets ou de questions voisines.

De même peut-on s'inquiéter des bonnes volontés qui semblent se mobiliser et promouvoir de nouvelles normes, alors qu'une expérience et des analyses sont faites par ailleurs qui convient à la prudence.³⁹ Le fonctionnement même des institutions internationales ne permet pas toujours les synergies et suivis techniques les plus opportuns. La problématique de l'action de certains groupes et organisations non gouvernementales n'est pas toujours de nature à garantir une approche équilibrée et à long terme des normes. Chacun n'a-t-il pas tendance à développer, tôt ou tard, son «créneau» normatif? Cependant, on fera le constat que certaines demandes se font de plus en plus pressantes au regard des destinataires des normes internationales comme des acteurs économiques de la mondialisation. L'OIT, de par son tripartisme, est l'institution qui, le moment du consensus venu, ne manquera pas de fournir les réponses les plus adéquates sur le terrain juridique.

Dès les origines, des normes de natures juridiques différentes ont été créées et mises en œuvre par l'OIT. La distinction classique et originale est bien évidemment celle des conventions et recommandations. La distinction est d'une grande importance, tant théorique que pratique, car elle permet d'établir un partage entre

jamais ainsi. Il arrive que juristes, et diplomates, convient la femme ou l'homme d'Etat à plus de considération pour le droit ainsi qu'à quelque recul sur sa capacité de commander aux réalités notamment sociales. Mais, ce faisant, on mesure aussi combien la pression du moment, ce temps qui semble exclure le futur, s'oppose souvent à une telle prise en considération.

³⁸ Qu'il suffise de citer le trafic des êtres humains.

³⁹ On songe aux normes relatives à la responsabilité des entreprises transnationales et autres entreprises au regard des droits humains (voir Economic and Social Council, Commission on Human Rights, E/CN.4/Sub.2/2003/Rev.2, 26 August 2003).

obligation de résultat (celles-là) et obligation de moyens (celles-ci). Il est en effet d'une extrême importance pratique de déterminer ce à quoi les Etats membres se sont obligés, du seul fait qu'il sont devenus membres de l'OIT, et en particulier en ratifiant une convention internationale du travail. Encouragement à la ratification, et suivi de l'application des normes devant en résulter, sont deux préoccupations fondamentales du BIT. Quiconque se préoccupe du renforcement des normes internationales du travail, ne saurait plaider pour une quelconque remise en cause du rôle essentiel qu'a toute ratification d'une convention internationale du travail.

Il va de soi qu'une analyse et un large débat scientifique – sans peur et sans excès – relatif à la ratification⁴⁰ sont indispensables pour déterminer les modalités du renforcement de l'effectivité en droit interne de cet instrument. Les difficultés en matière de ratification ne sauraient donner lieu à conclusions hâtives non plus que partielles, voire partiales. Il peut exister des obstacles nombreux et complexes en la matière, conduisant un Etat à ne point ratifier. Certains de ces obstacles, tels ceux relatifs à la complexité ou à l'obsolescence de la norme, doivent être pris au sérieux, sans toutefois céder à ce fâcheux penchant (qui eut confiner à la paresse bureaucratique) qui consisterait à éliminer dans le droit nouveau (international) tout ce qui pourrait impliquer un changement (dont on peut aisément deviner les désagréments divers) dans le droit comme les pratiques nationales. Car l'un des objectifs, sans doute les plus importants de toute ratification, est bien de produire dans l'Etat concerné une dynamique normative propre que doit secréter l'enracinement de la norme internationale, ainsi qu'il a été souligné plus haut, ce qui implique de nouvelles pratiques et sans doute quelques modifications du droit positif.⁴¹

Le dualisme entre convention et recommandation n'implique aucune statique; c'est tout le contraire. Entre convention et recommandation, il existe cette fondamentale synergie et complicité, dont l'analyse des travaux préparatoires rend compte. Certes l'une peut bien vivre sans l'autre. Mais bien souvent, elles font route ensemble et font preuve d'une complémentarité qui augmente considérablement

⁴⁰ Voir les limpides analyses de Jean-Michel Servais, précité note 1, paragr. 1048 ss.

⁴¹ La ratification prend parfois l'allure d'un coup de tonnerre politique et normatif. Mais, passé l'orage, la norme internationale du travail paraît alors bien lointaine et de peu d'actualité. L'oubli participe tant du droit, de la vie politique, et plus généralement de la condition humaine. Vous souvient-il des causes d'une (pourtant récente) réforme du droit? A peine promulguées, certaines lois, et les réformes qu'elles entendent réaliser, vivent ce que vivent les roses. La ratification d'une convention internationale est-elle à l'origine d'une réforme? En parlera-t-on? Rien n'est moins sûr. Tant il est vrai que les préoccupations domestiques du moment sont bien loin de la vie et des normes internationales. Ce qui est un nouvel rappel à la modestie pour tous ceux qui œuvrent à ce niveau. L'essentiel restant bien sûr l'impact réel de la convention ratifiée et les progrès qui s'en sont suivis. Ce qui n'exclue point, plus tard, si tard parfois, qu'un vibrant hommage soit rendu à la convention internationale du travail. Ecrire les *«success stories»* en matière de ratification, comme de contrôle de l'application, n'est donc pas une mince aventure scientifique. Mais elle vaut d'être entreprise (voir Eric Gravel et Chloé Charbonneau-Jobin, *La Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations: dynamique et impact*, BIT, Genève, 2003).

l'effectivité du droit international du travail. Car c'est bien de la conjugaison de l'incitation et de la contrainte que vient la force du droit.

Depuis quelques années, les mandants ont mis en œuvre une politique normative qui entend donner un plus grand impact aux normes internationales du travail.⁴² Cette politique a tout logiquement débuté par un inventaire normatif. Car il s'est agi de mettre de l'ordre, d'établir des priorités, de regrouper les normes. Conventions fondamentales et conventions prioritaires, dont les rapports sont demandés à des rythmes différents.⁴³ Familles ou groupes, peu importe. Il faut donner la plus grande lisibilité possible à ce vaste et complexe ensemble normatif. Car il est des trésors normatifs qui pourraient finir par être oubliés, enfouis qu'ils sont, cachés qu'ils peuvent être par d'autres normes. Fort curieusement, d'une façon ou d'une autre, c'est d'une sorte de codification qu'il s'agit, d'une codification qui n'entend pas enfermer dans le droit mais tout au contraire ouvrir toutes les perspectives les plus diverses pour toujours mieux utiliser les normes dans l'action du BIT. Les juristes en seraient-ils venus à douter du droit? Voici qu'un démenti s'impose, qu'une restauration des normes internationales du travail s'annonce.

Le juriste doit se soumettre aux exigences d'une nouvelle dynamique, d'une indispensable créativité conceptuelle et méthodologique. La liturgie normative est à revoir. Au fil des années, le temple du droit aura été revisité par les mandants en sa totalité. Et nul ne sait à présent quel en sera le résultat. Constatons tout simplement que certains signes annoncent de nouvelles perspectives pour l'utilisation des normes internationales du travail. De telles perspectives répondent aux nécessités des mutations qui se produisent à travers le monde. La «part» du droit international du travail dépend de nombreux et complexes facteurs, dont les mandants ont pleinement conscience.

Ce sont en effet les mandants qui ont entrepris, depuis quelques années, un travail normatif d'envergure qu'il convient de souligner.⁴⁴ Grouper les

⁴² Depuis le début des années quatre-vingt-dix, l'OIT n'a cessé de mener des efforts en vue de moderniser son système normatif (voir le rapport du Directeur général à la Conférence de 1994, *Des valeurs à défendre, des changements à entreprendre*). Ce processus a obtenu des résultats remarquables pour les huit conventions fondamentales et a par ailleurs conduit à la création en novembre 1995 du Groupe de travail sur la politique de révision des normes. Constitué au sein de la Commission LILS du Conseil d'administration, ce groupe de travail tripartite a examiné la pertinence des conventions adoptées avant 1985 (à l'exception des conventions fondamentales et prioritaires considérées comme étant à jour).

⁴³ Il va de soi que la politique normative vise aussi à répondre à des difficultés de fonctionnement des organes de contrôle. Tout doit être fait pour permettre de mieux suivre avec régularité l'ensemble des questions normatives. Il ne saurait s'agir de remettre en cause un système de contrôle unique dans l'ordre international, mais bien de lui donner plus de force et d'efficacité.

⁴⁴ Ce traitement politique du droit n'implique nullement que critiques et propositions, singulièrement des juristes de tous côtés, soient sans importance. Il convient de tout faire en effet pour que les mandants aient une complète vision des options qui se présentent à eux, au moment où certaines expériences ne manqueront pas d'avoir un impact bien au-delà du seul domaine

normes a bien pour conséquence de permettre une meilleure prise en compte de ces dernières dans un domaine déterminé. Tout logiquement, l'approche des questions doit être intégrée. Le constat n'est pas nouveau. Mais la pratique doit toujours en être encouragée et renforcée. Ici encore, d'un point de vue normatif, c'est à un bilan tant de l'effectivité que de l'efficacité qu'il est procédé. Les normes sont intégrées dans le cadre des actions plus vastes que le BIT réalise, et singulièrement de la coopération technique.⁴⁵ En quelque manière, c'est une nouvelle prise de conscience que tous les sentiers de l'OIT et du BIT sont pavés de normes (peu importe leur nature juridique). Il faut se pencher sur ces cartes géo-juridiques que les miracles de l'informatique nous permettent de nous procurer si facilement. L'importance des questions choisies – toujours par consensus – pour les premières expériences n'a nul besoin d'être soulignée: santé et sécurité au travail, migrations, emploi des jeunes. Et de ces inventaires, il résultera (ou non) des instruments dont la forme et la nature juridique ne peuvent encore être déterminées. Voici qui instrumentalise de bonne façon les normes internationales du travail. Fixons des objectifs, impliquons les Etats et les partenaires sociaux dans leur réalisation à l'aide notamment du droit international. Voilà qui donne à ce dernier une nouvelle dynamique. Non plus des normes isolées – des conventions et recommandations, par leurs numéros citées et analysées séparément⁴⁶ – mais un corps de règles destiné à réaliser des politiques, à promouvoir la justice sociale et le travail décent. Articulation du droit et de la politique, ici encore dans le meilleur sens du terme. C'est sans doute, *nolens volens*, d'une nouvelle culture juridique qu'il s'agit. Et ceci ne manquera pas – tôt ou tard – d'avoir des conséquences sur le système de contrôle de l'application des normes. D'une part, il faut souhaiter que soient facilités certains changements dans les méthodes de travail des fonctionnaires du département des normes;⁴⁷ d'autre part, il faut

concerné. C'est sans doute dans quelques années qu'on pourra prendre la pleine mesure des inflexions données au système normatif et du renforcement (ou non) de l'impact des normes internationales du travail.

⁴⁵ On lira avec attention les enseignements tirés à propos de la coopération en Afrique francophone par Jean-Pierre Delhoménie, «Déclaration et coopération technique», *Education ouvrière*, n° 122, 2001/1, pp. 15-18.

⁴⁶ A l'évidence, le système de contrôle de l'application des normes internationales du travail ne manquera pas d'évoluer en fonction de cette politique normative entreprise depuis quelques années par les mandants. Mais il doit s'agir d'inflexions et non point de remise en cause fondamentale. Le réexamen permanent des méthodes de travail par les organes chargés du contrôle constitue l'une des clés privilégiées pour renforcer la légitimité, et partant l'impact, du système normatif.

⁴⁷ Il est bien sûr hors de propos de contester l'ampleur (croissante) et la complexité (fréquente) de la tâche de ceux qui examinent avec rigueur et mesure les rapports des gouvernements, ainsi que les communications des organisations professionnelles. Mais le traitement manuel et les méthodes d'analyse des dossiers n'ont guère évolués depuis les origines du Bureau. Une informatisation de ces méthodes permettrait, notamment, un partage plus efficace et permanent des informations

encourager une plus grande prise en compte des normes internationales du travail dans les diverses activités du Bureau.⁴⁸

Il a été parlé d'un singulier et permanent dialogue entre les normes internationales du travail. Ce dialogue doit s'élargir. Le cercle des normes n'est pas aussi étroit qu'il est parfois pensé. Ce qui n'implique nullement que d'importantes distinctions techniques perdent de leur actualité ni de leur importance. Constatons, tout simplement, la toujours plus forte articulation entre toutes catégories de normes et tous types d'activités du Bureau. En considérant bien sûr qu'il faudra prendre le recul du temps pour mesurer toutes les conséquences d'une telle ouverture du cercle des normes. Nous pouvons assister à cette ouverture «en temps réel».⁴⁹ Une telle ouverture est au cœur des activités les plus diverses du Bureau. Cette ouverture s'inscrivant bien évidemment dans une stratégie, celle du travail décent,⁵⁰ pour avoir un réel impact dans les Etats membres. La complémentarité des normes – de toutes les normes, et pas seulement celles de l'OIT – apparaît alors avec force. Il n'est, en droit du travail et de la sécurité sociale, de «petites» normes juridiques, par nature et catégorie, non plus que par question traitée. Car il n'est, en matière sociale, de questions mineures, dont on pourrait penser qu'elles ne méritent pas une prise en considération exigeante. Il ne faut pas en effet confondre importance de la norme et degré de précision de cette dernière, ce qui est l'occasion de se demander quelle peut bien être la relation entre principes et dispositions techniques d'une norme juridique.

De toute disposition, il peut être extrait un principe dont on pourra d'ailleurs tirer de nouvelles conséquences par des méthodes d'analyses déductives

multiples et d'importance recueillis à cette occasion. Partage à Genève (d'un étage l'autre, ce qui est déjà beaucoup) et aussi entre le siège et le terrain. Un suivi de l'application des normes internationales du travail implique un renforcement certain de ces liens. Tant en amont qu'en aval, les analyses et activités des spécialistes des normes sont irremplaçables. Et elles mériteraient sans doute d'être plus encore prises en compte. Bien évidemment, de telles améliorations sont aussi dépendantes de cette déterminante politique de la mobilité des personnels du BIT qu'il convient de renforcer et d'améliorer. En toute hypothèse, l'évolution indispensable des méthodes de travail implique que triomphe toujours un esprit d'équipe. Ce dernier est bien évidemment toujours mis à mal par un enferment technique comme une excessive spécialisation par instrument. L'intelligence dans le droit nous enseigne que, des croisements de savoirs et des expériences, résultent réactivité et créativité. Ainsi qu'en tous domaines, tout autant que de pratiques professionnelles, il s'agit bien de culture et de philosophie.

⁴⁸ C'est en ce sens que sont préparés le Programme et le Budget pour le biennium 2006-2007.

⁴⁹ L'expression vaut d'être méditée en matière juridique. Il a été souligné combien, pour le juriste, l'action n'est jamais seulement dans l'instant ni pour la seule question traitée. Toute norme participe d'un système qui, bien sûr, se façonne au fil du temps. Mais peut-être exprime-t-on, en parlant du «réel», une crainte en présence du «virtuel». Et il est vrai que l'effectivité du droit ne saurait se satisfaire de ce dernier. De la toile informatique, on fera certes un usage sans modération, mais sans perdre ni esprit critique ni rigueur technique.

⁵⁰ On ne soulignera jamais assez combien toute norme, pour être effective et efficace, doit procéder d'une vision, et s'inscrire dans une stratégie politique comme économique (voir J.-C. Javillier, «Pour une contribution des universitaires à la dynamique des normes internationales du travail» dans *Liber Amicorum in Honour of Professor Marco Biaggi*, précité note 26, pp. 201-212).

dont l'usage est si fréquent, mais parfois sans doute abusif. Tout n'est question que de dosage: du contenu des normes, entre types de normes, et des procédures de mises en œuvre. Il s'agit toujours, en droit, d'une alchimie mystérieuse pour parvenir aux résultats que la collectivité veut atteindre par le droit:⁵¹ plus ou moins de précision, plus ou moins d'obligations, plus ou moins de contrôle. Il faut croire à cette synergie entre normes, de toutes sortes et hiérarchie, peu important leur catégorie et degré de précision comme de force obligatoire.

Les relations de travail, les systèmes de relations professionnelles, comme tout système de sécurité sociale, impliquent une liaison permanente et complexe entre leurs différentes composantes juridiques: règles et institutions, substance et procédure. Le droit comparé nous enseigne combien une règle ou une institution peut avoir une portée fort différente dans tout pays, tout comme elle peut changer de signification et varier d'importance dans le temps, et parfois avec la plus grande rapidité. Dans une perspective historique, l'action normative ne cesse d'aller de l'avant. Mais, sur la base de la dynamique que peut produire un consensus tripartite, il pourra suivre un nouveau parcours, allant sans doute plus encore à l'essentiel et contribuant à l'enrichissement de l'ensemble par la redécouverte de normes insuffisamment connues et peu utilisées. De ce point de vue, il peut s'avérer dangereux d'opposer les normes prétendues «dures» à celles qui ne seraient, par nature et vocation, que «molles». Certes, de certaines normes résultent des obligations plus fortes de la part des Etats membres. Certes, de ces mêmes normes, résultent des contraintes non négligeables en droit interne. Cependant, l'opposition soulignée pourrait masquer les grandes possibilités d'action qu'offrent ces normes que la mollesse semblerait condamner à l'ineffectivité et encore plus à l'inefficacité. Ecartons les pièges du manichéisme, en matière juridique au moins, et manifestons de l'intérêt pour toutes synergies entre les normes et faisons les nôtres en toutes actions nationales et internationales.⁵²

C'est ainsi que juristes et sociologues du droit s'intéresseront fort aux codes de bonnes pratiques (en matière de santé et sécurité au travail, ou encore de SIDA). Ces codes, pour la rédaction desquels les mandants ont manifesté le plus vif intérêt, sont d'une actualité et d'une utilité considérables. Il en va de ces codes,⁵³ comme des conventions non ratifiés. Nombre de bonnes pratiques

⁵¹ Comme de la «part» du droit, puisqu'il s'agit bien de déterminer de quelle manière et en quelle proportion, les normes juridiques devront être prise en compte avant comme au cours de toute action conduite par une organisation comme un individu.

⁵² Le propos vaut bien évidemment aussi pour les entreprises; voir Nikolai Rogovsky and Emily Sims, *Corporate Success through People – Making International Labour Standards Work for You*, ILO, Geneva, 2002.

⁵³ Codes qu'on se gardera bien de confondre avec les divers instruments (codes de conduite, labels) qui sont développés, sur une base autre que tripartite, singulièrement au plan national ou international, et notamment par des entreprises trans ou multinationales (dans une perspective syndicale, voir notamment la récente publication de la CMT, *La responsabilité sociale des entreprises et les codes de conduite. Nouveaux enjeux ou vieux débat?*, Bruxelles, avril 2004). Pour une

des gouvernements comme des partenaires sociaux sont fondées sur de telles dispositions dont on pourrait considérer qu'elles sont bourgeon avorté ou bois mort. Il convient même d'adopter une attitude résolument opposée. Il faut faire connaître toutes ces normes et permettre le plus large débat juridique à ce propos. Une claire typologie doit être faite, tant des dispositions substantielles que procédurales. Une réflexion en profondeur sur l'impact de tels dispositifs sur l'Etat de droit des pays concernés s'impose tout autant. Il en va de même pour les stratégies que ne manquent pas d'avoir les acteurs internationaux et locaux concernés. Le droit « mou » – d'où qu'il vienne et pour autant qu'il le soit vraiment – doit donc retenir notre attention, et ce de façon croissante.

En tête du long convoi normatif se trouvent tout naturellement les normes considérées comme fondamentales par les mandants.⁵⁴ Cette reconnaissance a bien évidemment un caractère éminemment politique. Elles sont à la fois celles qui font partie, une fois pour toute, de l'acquis constitutionnel. Celles, sans lesquelles il n'est de véritable existence d'un quelconque droit du travail et de la sécurité sociale. Mais, peu à peu, se dégage la liaison naturelle entre toutes les normes internationales du travail. Ce qui, pour des raisons politiques, a pu être considéré comme fondamental, ne veut nullement dire que l'importance des autres éléments ne soit pas à prendre au sérieux. De la nature déclarée par les mandants « fondamentale » de certaines conventions,⁵⁵ il ne résulte aucun changement de la nature et force juridique des autres conventions non plus que des autres instruments juridiques. L'important est bien sûr de noter combien cette affirmation d'un caractère fondamental a eu de multiples conséquences positives tant en matière de ratification des conventions concernées que de leur prise en compte par les institutions internationales et les différents acteurs au plan national comme international.⁵⁶ La prise en compte de la Déclaration de 1998 a déjà

analyse d'ensemble, voir Servais, précité note 1, paragr. 213-231. Ce qui est l'occasion de souligner l'importance du débat relatif à la certification des bonnes conduites (voir Olivier Boiral, « Certifier la bonne conduite des entreprises: enjeux et perspectives d'avenir », *Revue internationale du Travail*, vol. 142, 2003, n° 3, pp. 345-369). Les mandants ont souhaité que le BIT joue un rôle d'information et de conseil à la demande en pareille matière. Le moment viendra sans doute d'un débat politique au sein de l'OIT sur l'articulation de toutes ces normes avec les normes internationales du travail. Nul ne saurait désormais en effet ignorer l'importance et l'ampleur du débat sur la responsabilité sociale des entreprises. La problématique du travail décent, et des normes qui l'accompagnent nécessairement, pourrait bien éclairer utilement des débats sur fond de mondialisation, qui sont parfois pour le moins confus et peuvent conduire à des équivoques, impasses et désillusions de tous côtés, et dont on pourrait utilement faire l'économie.

⁵⁴ Voir notamment Kari Tapiola, « Promouvoir les normes fondamentales du travail: une priorité pour le BIT », *Éducation ouvrière*, n° 122, 2001/1, pp. 66-70.

⁵⁵ Voir notamment document GB.261/LILS/3/1 (novembre 1994) ainsi que la Résolution concernant le 75^e anniversaire de l'OIT et son orientation future, Conférence internationale du Travail, 81^e session, 1994.

⁵⁶ Dans une perspective syndicale, voir les analyses de Monique Cloutier, « Droits fondamentaux au travail: un rôle accru pour les syndicats », *Éducation ouvrière*, n° 122, 2001/1, pp. 9-14.

grandement contribué à renforcer le dialogue entre les Etats et les organisations internationales sur nombre de questions sociales, dont la prise en compte est le préalable de toute gouvernance sérieuse et durable. Nombre de juristes du travail et de la sécurité sociale se demandent dès lors ce qu'il en sera nécessairement des autres principes et normes qui, pour n'être pas «fondamentales», n'en traitent pas moins des conditions «acceptables»⁵⁷ ou encore «décentes» de travail. Les développements prochains de la politique normative apporteront sans doute des réponses mesurées et pragmatiques à cette importante question.

Pour en finir avec ce propos qui vise à mobiliser chacune et chacun autour des normes, de toutes les normes internationales du travail, outre les expériences ci-dessus rapportées, il convient de relever un travail de consolidation qui est en cours dans le domaine maritime. On lira avec attention le projet recommandé de convention du travail maritime consolidée qui fut proposé pour la Conférence technique maritime préparatoire, qui se tint à l'OIT, à Genève du 13 au 24 septembre 2004.⁵⁸ Aux origines d'une telle consolidation, la volonté de armateurs comme des représentants des gens de mer⁵⁹ qui connaissent de longue date une mondialisation et aussi ont analysé avec rigueur et détermination les raisons d'une application imparfaite des normes maritimes, tout comme les moyens d'y remédier activement. La présentation d'un projet de convention consolidée va bien au-delà d'un simple rassemblement des instruments en une seule convention. En profondeur, c'est un nouveau partage entre l'obligatoire et le facultatif, et ce au sein d'un même instrument. Il s'agit aussi de faciliter l'adaptation des normes pour répondre de la meilleure façon aux exigences des rapides mutations technologiques. Et aussi d'en faciliter un contrôle de l'application par des mécanismes prenant en compte les innovations réalisées par tel et tel Etat ou groupe d'Etats. De façon très claire, il est précisé dans le commentaire au

⁵⁷ Dans le cadre d'un suivi de l'application des normes internationales, et tout particulièrement à propos des négociations commerciales entre pays et groupes de pays, il reste à déterminer ce que juridiquement «acceptable» veut bien dire (voir pour les Etats-Unis d'Amérique, la publication du National Research Council of the National Academies, *Monitoring International Labour Standards. Techniques and Sources of Information*, The National Academies Press, Washington D.C., 2004, pp. 224-246). Selon la définition donnée par le "Trade Act of 2002", il s'agit des «internationally recognized workers rights», qui outre les principes fondamentaux ci-dessus mentionnés, incluent les «acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational safety and health» (*ibid.*, p. 224).

⁵⁸ L'ensemble des documents pour cette Conférence peut être consulté au site: <http://www.ilo.org/public/french/standards/relm/maritime/index.htm>

⁵⁹ Dans la typologie des accords, il conviendra de faire une place à l'Accord de Genève entre armateurs et représentants des gens de mer dont est résulté une commission paritaire, avec la participation pour les travaux, de trois représentants (un pour chaque groupe) du Conseil d'Administration. Ainsi donc c'est une sorte de greffe (*laboris causa*) du tripartisme sur un bipartisme sectoriel. Notons aussi qu'il est fait preuve de grande pédagogie pour le suivi des travaux par tous. La présentation même du projet recommandé met en relief les points les plus délicats pour les gouvernements, sur lesquels des choix politiques devront être faits en connaissance normative de cause bien sûr.

projet présenté que les représentants des armateurs et des gens de mers «n'ont pas remis en cause le statut juridique ni les dispositions de fond des instruments maritimes existants mais ont prôné plus de cohérence, de clarté et d'adaptabilité et une applicabilité générale».⁶⁰ Leur souci est essentiellement de «rapprocher le système de protection prévu par les normes des travailleurs qu'il vise».⁶¹

IV. Réflexions finales

De quelques exemples qui ont été fort succinctement rappelés, il résulte sans ambiguïté aucune que les normes internationales du travail présentent une actualité certaine et qu'elles sont porteuses de solutions auxquelles le tripartisme et l'universalisme donnent une légitimité et une efficacité inégalables. Ne nous laissons pas prendre au piège du cynisme ou du renoncement. De toutes les normes, sachons parler avec intelligence et participer à leur mise en œuvre de façon équilibrée et pragmatique, sans jamais quitter les exigences du droit. Le droit, non seulement comme technique et discipline, mais comme exigence et vision que l'OIT a pour mission de porter haut et de proclamer fort. Pour répondre aux défis de la mondialisation ainsi qu'à toutes les mutations sociales comme économiques, l'OIT, qu'il s'agisse de substance ou de procédure, se doit de poursuivre le chemin tracé depuis 1919. Rigueur et souplesse, tradition et modernité, doctrine et pragmatisme, ardeur et modestie. Que de qualités, en somme, exigées d'une institution, comme des femmes et des hommes qui la font vivre et la servent! Mission impossible? Certes point. Il ne s'agit en effet que de poursuivre l'action entreprise depuis 1919.

Constat déterminant et mobilisateur que celui fait par le Directeur général: «on s'efforce actuellement d'accroître l'impact, la cohérence et l'efficacité du corpus des normes du travail et d'améliorer les procédures de contrôle».⁶² Voilà qui implique la poursuite de nos efforts en toutes situations. Nicolas Valticos par son action et ses écrits, son intelligence des normes comme des situations, nous donne cette indispensable confiance: «l'homme, éternel Sisyphe, parvient quand même, malgré les chutes et rechutes, à porter progressivement plus haut le fardeau de son destin. Pour cela, cependant, il lui faut toujours reprendre ses efforts».⁶³

⁶⁰ Voir Commentaires sur le projet recommandé, Doc. PTMC/O4/02, p. 1, paragr. 2, *in fine*.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Voir rapport précité note 16, p. 52.

⁶³ Voir Nicolas Valticos, «Droits de l'homme et droits du travail sur le plan international – Questions anciennes et problèmes nouveaux» dans *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle – Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Paris, 2001, p. 490.

Persuasion et contrainte aux fins de la mise en œuvre des normes et objectifs de l'OIT

*Francis Maupain**

I. Introduction

Nicolas Valticos a incarné un âge d'or devenu quelque peu mythique de l'action normative de l'OIT. Dans un contexte d'affrontement idéologique qui à première vue ne s'y prêtait guère, l'action normative de l'OIT s'est au cours de son « règne » affirmée comme une référence autant qu'une exception parmi les organisations internationales universelles. On épargnera au lecteur le florilège de citations familières, mais parfois complaisantes, pour retenir deux constats qui ne souffrent guère de contestation:

- i) premièrement, le mouvement d'universalisation de l'OIT qui va s'accéléralant au cours des années soixante, loin de ralentir la production normative s'est, malgré l'hétérogénéité croissante des situations au sein des Membres, accompagné d'un mouvement parallèle d'universalisation du champ normatif *ratione materiae* qui a progressivement recouvert l'ensemble des objectifs constitutionnels y compris les sujets réputés imprenables depuis les tentatives avortées d'avant-guerre, tel celui de la liberté syndicale;
- ii) deuxièmement, les mécanismes de contrôle tels qu'ils avaient pris forme avant-guerre avec l'établissement de la commission d'experts se consolident (à travers des nominations prestigieuses à ladite commission), et s'enrichissent avec bien sûr la mise en place du comité de la liberté syndicale.

La fin de cet âge d'or fut à la fois progressive et souterraine. On peut en déceler les prolégomènes dès les années soixante-dix. Mais c'est la fin de la guerre froide qui la fait apparaître au grand jour. Au-delà de la consécration qu'elle semblait apporter à la philosophie réformiste de l'OIT sur les dépouilles de sa vieille rivale bolchevique, cet événement historique, dans lequel l'OIT à travers le règlement de l'affaire polonaise joua un rôle de premier plan, eut pour conséquence

* Conseiller spécial du Directeur général.

de libérer les critiques et réserves jusque-là contenues par la nécessité de faire front contre l'entreprise de sape des pays socialistes. Ainsi, en ce qui concerne les mécanismes de contrôle et le rôle de la commission d'experts, les critiques antérieurement développées par les pays du bloc soviétique, et contre lesquelles les pays industrialisés et les employeurs avaient de manière générale fait bloc avec les travailleurs, semblent soudain trouver un écho du côté des premiers.

Pour ce qui est de la poursuite de la «production» normative, des réserves et critiques nouvelles se font jour mais procédure de considérations presque diamétralement opposées. Certains remettent en cause la poursuite au rythme régulier et soutenu des trois premières décennies de l'après-guerre au nom de la «dérégulation». D'autres, sans nécessairement s'y opposer de front, jugent qu'elle n'apporte plus de réponse utile aux défis de la mondialisation. Le caractère volontaire des ratifications lui interdisant de servir efficacement de contrepoids à une concurrence qui exerce une pression à la baisse des conditions de travail et de protection sociale sur l'ensemble des Membres. Pour ceux-ci, il convient plutôt de se tourner vers un autre «modèle» doté de «dents», c'est-à-dire d'une capacité d'appliquer des mesures coercitives, dont l'OMC avec son nouveau système de règlement de différends offre le modèle envié. En bref, l'action normative «classique» fondée à la fois sur le volontarisme et la bonne volonté des Etats activé par la persuasion, se trouve dévalorisée de deux points de vue opposés: celui de la «déréglementation» et celui de la clause sociale.

Si ces tensions se sont en partie apaisées depuis,¹ l'action normative n'a pas pour autant retrouvé son lustre d'antan. L'âge d'or de l'action normative de l'OIT est-il pour autant définitivement derrière nous de sorte qu'avec la disparition de Nicolas Valticos nous voici en quelque sorte doublement orphelins? La réponse ne va pas de soi, la situation actuelle pouvant prêter à deux interprétations à première vue également plausibles.

La première est de considérer que la fin de cet âge d'or n'est en réalité qu'un retour au cours normal des choses tel que l'imposent la concurrence internationale et l'affrontement «naturel» des intérêts entre partenaires sociaux et tel que l'on avait déjà pu l'observer dans la période d'avant-guerre, mais que la nécessité de faire front commun contre l'entreprise de sape soviétique avait artificiellement dévié tout au long de la guerre froide.²

¹ Le débat de la dernière session de la Conférence internationale du Travail (2004) montre cependant que sur certains aspects ces tensions restent latentes.

² Il est bien vrai en effet que l'on a un peu tendance à oublier que la période de l'avant-guerre peut difficilement être qualifiée de radieuse pour l'action normative que ce soit sur le plan du succès des ratifications, ou sur celui de l'utilisation des procédures constitutionnelles (en fait sa contribution la plus marquante et remarquable est une innovation qui se situe en marge de la Constitution, celle de l'institution de la commission d'experts). La grande crise était venue rappeler sans ménagement qu'il ne suffit pas de décréter le progrès social pour qu'il se présente au rendez-vous et qu'il s'inscrit dans les réalités parfois aléatoires de la «production» comme on disait alors.

La deuxième est d'interpréter le retour d'un certain désenchantement non pas comme la fin d'une parenthèse heureuse mais comme une troisième phase dans un cycle ou se succèdent périodes d'euphorie et de scepticisme, et qui devrait tôt ou tard conduire également à une plus juste appréciation des choses, compte tenu entre autres des désillusions qui ont marqué la recherche d'une alternative supposée plus efficace parce que plus «contraignante».³

Les quelques réflexions qui suivent ne s'inscrivent dans aucune de ces deux visions. On tentera plutôt de montrer ici que le nouveau contexte de la mondialisation offre de nouvelles opportunités pour renforcer l'action normative, non pas tant par une greffe plus ou moins arbitraire d'un nouveau dispositif contraignant que par l'exploitation plus judicieuse de toutes les ressources de la persuasion et des possibilités de contrainte déjà existantes.⁴

Dans cet ordre d'idée, ces réflexions s'articuleront autour de deux pôles: i) les facteurs d'efficacité de la persuasion et ses limites dans le système normatif de l'OIT et ii) le recours à de nouvelles formes de persuasion au service de nouvelles formes de contrainte au service des normes et objectifs de l'OIT. Nous reviendrons en conclusion sur le potentiel inexploité de la persuasion pour la promotion directe du progrès sans passer par le détour d'obligations contraignantes.

³ Voici en effet exactement dix ans que l'on a vu réapparaître de manière formelle la revendication latente d'une clause sociale au moment de la conclusion de l'Uruguay Round et l'adoption de la Charte de l'OMC. Or rien n'indique que l'on ait progressé vers cette formule, bien au contraire.

⁴ Au moment de finaliser ce texte l'auteur a eu connaissance d'un article publié par Philip Alston – auquel il avait communiqué la présente étude en projet – sous le titre «Core Labour Standards and the Transformation of the International Labour Rights Regime» (*European Journal of International Law*, vol. 15, 2004, pp. 457-521). Bien qu'elle touche à plusieurs aspects de la présente étude il était évidemment trop tard pour prendre en compte cette analyse qui appellera donc une réflexion séparée.

II. Les ressorts de la persuasion, ses limites et son dépassement dans le système de l'OIT en vigueur

La nostalgie compréhensible de l'âge d'or peut conduire à sous-estimer la richesse remarquable de l'expérience et des enseignements des années post guerre froide. La contestation a eu le grand mérite d'obliger à s'interroger sur le sens de la notion d'«efficacité» lorsqu'elle est appliquée à l'action normative. Cette efficacité ne saurait être jaugée seulement à partir de l'efficacité – évidente – des procédures dont l'OIT dispose pour adopter de nouvelles normes et en assurer le contrôle. Elle impose de s'interroger, d'une part, sur la capacité de l'OIT de persuader ses Membres à ratifier les conventions et à mettre effectivement en œuvre ses recommandations et, d'autre part, sur sa capacité à en assurer le respect même en cas de contestation radicale ou de «négationnisme». On reprendra brièvement ces deux aspects dans l'ordre inverse.

1. Les «dents» de l'article 33 de la Constitution au secours de la persuasion aux fins de la mise en œuvre des obligations conventionnelles

La «mobilisation de la honte» est comme chacun sait la principale «force de frappe persuasive» de l'OIT pour obtenir la mise en œuvre des obligations contractées en vertu des conventions. Le fait est tellement connu qu'il semble inutile de s'y attarder si ce n'est pour souligner deux aspects. Le premier est que l'efficacité de cette méthode a trouvé des avocats inattendus au moment même où l'Organisation se tourne vers des solutions contraignantes. Ainsi l'un des chantres de la «mondialisation heureuse», Bhagwati, observait-il récemment à l'occasion du lancement de son dernier ouvrage à succès, que l'OIT n'a peut-être pas de dents mais elle a une langue «and a good tongue-lashing based on credible documentation by impartial and competent bodies such as a restructured ILO can unleash shame».⁵ Le second concerne précisément la nature des limites qui ont conduit à se tourner vers une méthode plus contraignante.

⁵ Voir dans ce sens également le rapport de l'American Bar Association, datant de 1995: «The ILO supervisory system relies on the power of persistent persuasion and the mobilization of shame against governments that fail to live up to the obligations they have voluntarily undertaken. This has proved to be both a strength and a weakness. Its obvious weakness is the fact that it is not a sanction in the coercive sense known to domestic law. But this is also a strength: it does what can be done in an international system that would not tolerate a global sheriff with real power to punish sovereign governments for their failure to live up to accepted labor standards»; cité par Markley Roberts, «International Worker Rights: A Human Face for the Global Economy», *Blueprint for Social Justice*, vol. 53, No. 10, June 2000. [<http://www.loyno.edu/twomey/blueprint/blueprint-june2000.htm>]

La réceptivité à la pression des pairs relève d'une logique de bienséance entre Membres d'un même club, parfaitement illustrée par l'affaire de la Pologne. Au cours de cette longue saga évoquée ailleurs par Blanchard, les ressources de la persuasion furent poussées jusqu'à leur limite extrême, c'est-à-dire au seuil de la rupture. Cette expérience montre en tout cas bien que l'efficacité du ressort principal de la persuasion aux fins de la mise en œuvre des normes se mesure à la valeur que le Membre attache à son appartenance audit club et à la considération dont il y bénéficie de la part des autres Membres. C'est un ressort dont on ne saurait sous-estimer l'efficacité si l'on considère par exemple les efforts que la Corée a déployés pour se mettre en règle en matière de liberté syndicale et s'intégrer ainsi au sein du club huppé de l'OCDE.

Mais c'est un ressort qui comporte une double limite: d'une part, le Membre peut toujours quitter le «club» pour se soustraire à la pression (sinon à ses obligations), comme le fit l'Afrique du Sud et faillit le faire la Pologne, d'autre part, il peut s'incruster en infligeant ses mauvaises manières aux autres en l'absence – délibérée – de règles permettant de l'expulser ou de le mettre à l'amende de manière dissuasive.

Tel semblait être le dilemme inédit auquel le système de persuasion s'est trouvé confronté dans le cas du Myanmar. Jusque-là en effet l'histoire ou les circonstances avaient généralement bien fait les choses du point de vue de l'OIT: elles s'étaient portées au secours des recommandations des commissions d'enquête successives en congédiant le régime ou la situation historique à l'origine de la violation.⁶ Dans le cas du Myanmar, l'histoire s'est montrée beaucoup plus paresseuse en dépit des objurgations assez explicites de la Commission d'enquête.⁷

C'est alors que l'on exhuma les «dents» oubliées de l'OIT. Le recours à l'article 33 de la Constitution et les leçons (provisoires) que l'on peut en tirer exigeraient une réflexion séparée. Deux enseignements semblent cependant s'en dégager. Le premier est que l'utilisation de cette disposition a incontestablement permis de sortir d'une situation très dommageable de défi ouvert à l'autorité et à l'efficacité du système de l'OIT pour contraindre les autorités à s'engager dans un processus de mise en œuvre qui les a progressivement conduites (i) à modifier leur réglementation dans le sens des exigences de la convention n° 29, (ii) à accepter une vérification internationale sur place de son impact et la présence permanente de l'OIT, et (iii) à consentir à la mise en place d'un mécanisme de protection et d'assistance aux victimes sous la forme de l'institution d'un

⁶ Ce fut le cas on le sait de la Grèce des colonels, du Chili de Pinochet, de la Pologne de Jaruzelski.

⁷ Non contente de défier ouvertement cette dernière en donnant à entendre que la mise en œuvre des recommandations ne posait aucun problème puisqu'il n'y avait pas de travail forcé, la junte en place ne donnait aucun signe de vouloir ou devoir bientôt céder la place. La prolongation de l'impasse était potentiellement très dommageable à la crédibilité et au crédit patiemment accumulé du système de contrôle et de la méthode de persuasion.

«facilitateur». Le deuxième enseignement est en fait plutôt une hypothèse: celle que cette disposition a agi davantage à travers le droit donné aux Membres de mordre qu'à travers les morsures effectivement infligées.⁸ On verra brièvement pourquoi en conclusion.

*2. L'efficacité de la persuasion, ses conditions et ses limites
aux fins de l'acceptation de nouvelles obligations conventionnelles*

Si les fondateurs ont opté pour un système volontaire d'acceptation d'obligations fondé sur la persuasion, ce n'est pas tant par choix que faute de mieux. Dans l'esprit des fondateurs, ou en tout cas de certains d'entre eux, on avait bon espoir que, par le truchement du dispositif de soumission à l'autorité compétente (qui prévoyait même à l'origine la possibilité de recourir à la Cour permanente de justice internationale en cas de défaillance dans la soumission!)⁹ à travers lequel pourrait s'exercer la pression conjuguée de la communauté internationale et des secteurs intéressés de la communauté nationale, ce système «volontaire» pourrait permettre d'atteindre à un certain universalisme dans la mise en œuvre de ces instruments.¹⁰

Comme on le sait, l'expérience de la période d'avant-guerre n'a malheureusement pas confirmé cet espoir. Nonobstant l'inclusion de clauses «sur mesure» dans les premières conventions – censées permettre à des pays moins développés spécifiquement identifiés de ratifier – et les efforts inlassables déployés par Albert Thomas pour leur arracher ces ratifications, au point qu'un certain découragement transparait un peu plus tard dans les propos de Butler selon lesquels l'universalisation «pourra exiger la recherche de procédures

⁸ Voir Kimberly Ann Elliott, *Labor Standards, Development and CAFTA*, International Economics Policy Briefs, March 2004, p. 5 (<http://www.iie.com/publications/pb/pb04-2.pdf>): «More vigorous enforcement action by ILO requires not sharper teeth but political will on the part of its members».

⁹ L'article 416 du Traité de Paix prévoyait en effet que «dans le cas où l'un des Membres ne prendrait pas, relativement à une recommandation ou à un projet de Convention, les mesures prescrites à l'article 405 [à savoir la soumission des textes aux autorités compétentes notamment], tout autre Membre aura le droit d'en référer à la Cour permanente de justice internationale».

¹⁰ Outre les clauses sur mesure se référant à des pays nominativement identifiés dans les premières conventions qui figurent le «prix» que l'on était prêt à payer pour atteindre à l'universalité des ratifications précitées, on en trouve plusieurs autres confirmations: dans l'art 19 5e) et 6d); ou encore dans l'article 33 de la Constitution de l'OIT qui, détaché de cette perspective, peut faire figure d'anomalie (pour peu que l'on y réfléchisse il revient en effet à infliger au pays qui a bien voulu accepter le «fardeau» de la ratification et des obligations qui en découlent une «double peine» en cas de défaillance alors que dans le même temps celui qui refuse tout effort et toute contrainte échappe à tout opprobre (ce paradoxe explique sans doute que de manière très sage Nicolas Valticos n'ait guère mis en exergue cette arme paradoxale dans ses écrits).

nouvelles destinées à compléter les méthodes usuelles qui ne sont que d'une application limitée».¹¹

L'expérience de l'après-guerre fut cependant propice dans un premier temps à un retour de l'optimisme. L'universalisation du champ couvert par les instruments sembla s'accompagner d'un mouvement parallèle d'extension du champ d'application géographique des instruments. L'un des témoignages les plus remarquables de l'efficacité des méthodes de persuasion et en particulier de Nicolas Valticos et de Wilfred Jenks, est à cet égard fourni par le succès des efforts du Bureau pour faire admettre la pratique – prestement élevée au rang de coutume internationale par la suite – selon laquelle les Etats nouvellement indépendants succèdent aux conventions ratifiées par les puissances coloniales, à une époque ou le «juridiquement correct» en matière de succession aux traités allait en sens diamétralement opposé, celui de la «*tabula rasa*».¹²

Tous ces éléments pouvaient à bon droit créer l'impression que l'OIT était en voie de gagner son pari de réaliser progressivement les objectifs extraordinairement ambitieux énoncés dans sa Constitution sans disposer de moyens coercitifs, mais en entretenant par le simple jeu de la persuasion et de l'émulation une sorte de cercle vertueux dans lequel le progrès économique et le progrès des ratifications iraient de pair.

Cette période que Blanchard a, dans une perspective plus large décrite comme «le temps des certitudes»,¹³ a cependant été de relativement courte durée. Bien que la prudence soit de règle dans ce genre de comparaison (il faut prendre en compte l'objet sur lequel portent les différentes conventions), l'impression générale qui se dégage est que dès avant la fin de la guerre froide dans les années quatre-vingt, le décollage est plus lent et les ratifications plafonnent plus vite. Cette impression se trouve renforcée par l'expérience des successions postérieures au démembrement du bloc soviétique. Coutume internationale ou pas, les arguments qui avaient su convaincre les ex-pays coloniaux des années soixante ne trouvent pas le même écho auprès des successeurs du bloc soviétique, souvent plus soucieux de se démarquer du «modèle» de régulation soviétique que sensibles à l'idée de ne pas laisser choir le «flambeau» du progrès social.

S'il serait évidemment simpliste d'en tirer des pronostics pour l'avenir, cette alternative apporte un éclairage indispensable pour comprendre les facteurs

¹¹ Voir Rapport du Directeur général, Conférence internationale du Travail, 19^e session, 1935, p. 100.

¹² Le principal argument à l'égard de ces pays fut de leur faire valoir qu'ils ne pouvaient faire moins bien que les puissances coloniales dans des domaines qui touchaient au progrès et au mieux-être des populations que tous avaient à cœur d'accomplir. A cela s'ajoutait bien sur pour les intéressés le souci d'affirmer leur souveraineté en se présentant d'emblée comme des membres à part entière d'un club lancé par les puissances coloniales.

¹³ Voir Francis Blanchard, *L'Organisation internationale du Travail. De la guerre froide à un nouvel ordre mondial*, Paris, Seuil, 2004.

qui conditionnent le succès des moyens de persuasion. Elle conduit à esquisser une hypothèse apparemment de bon sens, mais qui n'en mériterait pas moins d'être approfondie et vérifiée de manière empirique. Cette hypothèse se décline en trois propositions: (i) les pressions de l'OIT, ses efforts de persuasion ainsi que l'émulation entre Membres ont un impact indiscutable sur leur décision de ratifier; (ii) cet impact ne peut toutefois être réellement efficace dans le contexte actuel sans le relais et l'appui de facteurs et considérations d'ordre interne parmi lesquels l'existence d'une législation nationale conforme; enfin (iii) la ratification ne doit pas se heurter non plus de manière trop frontale à des considérations d'efficacité économique et de compétitivité.

2.1 L'effort de persuasion au niveau de l'Organisation

L'expérience accumulée révèle de manière incontestable que les Membres se montrent sensibles aux efforts de persuasion, même s'il faut reconnaître que le souci du progrès social n'en est pas toujours la cause exclusive. Un exemple que beaucoup d'entre nous ont encore en mémoire est la compétition entre l'Espagne franquiste pour ravir à la France la première place au palmarès des ratifications pour des raisons qui ne relevaient pas tant de l'adhésion à l'OIT et à ses valeurs qu'au souci de redorer la légitimité internationale contestée du régime. Parmi bien d'autres motivations, l'attrait politique de la ratification est également lié à la volonté de renforcer l'influence politique du pays au sein des organes de l'OIT. Inversement, un score médiocre représente incontestablement un handicap pour tout pays désireux d'exercer un certain magistère moral.¹⁴

La tentation de «faire du chiffre», d'accumuler les ratifications sans trop se soucier des possibilités – ou, dans le cas des pays du bloc socialiste et de certaines conventions, de la volonté – réelles de mise en œuvre¹⁵ offre par ailleurs une confirmation significative *a contrario* de l'efficacité de la persuasion.

Mais il faut admettre que cette époque est bien révolue et que, comme le suggèrent les chiffres, cette réceptivité est en déclin pour des raisons qui semblent relever à la fois de l'idéologie¹⁶ et davantage encore pour des considérations pratiques liées aux limites de la capacité d'absorption des chancelleries qui les

¹⁴ Chacun se souvient de la réponse bien rodée que les pays de l'Est opposaient aux Etats-Unis chaque fois que ces derniers prétendaient leur faire la leçon en matière de droits fondamentaux. Philip Alston fait valoir précisément cet argument pour expliquer l'appui soutenu des Etats-Unis à la Déclaration de 1998; voir Philip Alston, «Core Labour Standards and the Transformation of the International Labour Rights Regime», *European Journal of International Law*, vol. 15, 2004, pp. 457-521.

¹⁵ Contre laquelle le Directeur général lui-même fut conduit à mettre en garde dans les années soixante-dix et quatre-vingt.

¹⁶ La fin de la «menace» bolchevique et l'émergence de l'idéologie de la dérégulation qui tendent à «dévaloriser» le bénéfice moral de la ratification en tant qu'acte de progrès.

rendent de plus en plus rétives à assumer la charge de travail liée au système de supervision.¹⁷

Ceci dit, le manque de réceptivité ne doit jamais être tenu pour acquis. Les expériences récentes liées à une plus grande présence sur le terrain ou à des campagnes de ratification suggèrent qu'il peut rester çà et là des «réservoirs» de ratifications inexplorées.

2.2 Mobilisation et action au niveau national

Quoi qu'il en soit, l'effort de persuasion et d'émulation externe doit, pour être réellement efficace, être relayé par un soutien interne à la ratification. À première vue, cet appui semble aller de soi. Après tout, l'objectif «utilitariste» de l'OIT n'est-il pas comme le dit très clairement le préambule de la Constitution de répondre au «mécontentement» engendré par l'injustice, la misère et les privations et capable de saper l'ordre social existant? La perspective de satisfaire l'électorat en principe le plus nombreux ne devrait-elle dès lors pas suffire à persuader les gouvernements de ratifier? Et l'objectif de l'obligation de soumission n'est-il pas précisément de donner l'occasion à cette demande latente de se manifester?

L'expérience montre cependant que cet appui interne est bien souvent trop faible pour relancer efficacement le relais de la persuasion externe. Sans prétendre faire une analyse exhaustive des raisons, il est d'abord permis de penser que, du point de vue de l'opinion interne, il est sans doute plus naturel d'attribuer les progrès dans la situation des travailleurs à la législation nationale qu'aux conventions ou recommandations qui la sous-tendent. Et il est encore plus malaisé pour cette opinion de saisir les avantages considérables que la ratification vient ajouter à une législation nationale même conforme pour la mise en œuvre effective des droits protégés.¹⁸ Il s'agit là d'une valeur ajoutée trop abstraite ou peu tangible pour qu'elle soit capable de mobiliser les bénéficiaires au point de contrebalancer les pressions ou considérations qui peuvent s'exercer en sens contraire. Force est en effet de constater que le consensus qui peut se manifester à Genève entre les partenaires sociaux lors de l'adoption des instruments se retrouve rarement au niveau national lors de l'examen de la soumission à l'autorité compétente et l'examen de la suite à donner à l'instrument.

¹⁷ Cette attitude semble infirmée *a contrario* par l'impact de la Déclaration de 1998 sur le taux de ratification des conventions fondamentales et qui semble du pour une part au fait qu'à charge ou «nuisances» bureaucratiques égales les membres considèrent qu'ils ont «meilleur temps» d'opter pour une ratification en bonne et due forme qui leur rapporte un bénéfice moral plus grand.

¹⁸ A savoir d'une part une garantie supplémentaire de la mise en œuvre effective du contenu de cette législation; d'autre part un frein ou un obstacle sérieux à la tentation d'un retour en arrière.

La conséquence de cette faiblesse de la mobilisation interne en faveur de la ratification apparaît en tout cas paradoxale: la ratification devient en pratique d'autant plus envisageable qu'elle appelle moins de changement,¹⁹ autrement dit qu'il existe déjà une législation interne globalement conforme. Le rôle que joue l'existence d'une législation globalement conforme dans la décision de ratifier demanderait à cet égard elle aussi de faire l'objet d'une vérification empirique. Le bon sens suggère cependant que ce rôle répond à une certaine logique²⁰ de «maximisation» vis-à-vis de la communauté internationale d'une action qui est devenue nécessaire sur le plan interne. Une telle situation est par ailleurs de nature à réduire – sans l'éliminer totalement – la pression des considérations relatives à la sauvegarde de la compétitivité.

2.3 Les paramètres de l'efficacité économique et de la compétitivité

Il y a quelques années, un questionnaire préparé dans le cadre du Groupe de travail sur la dimension sociale de la mondialisation avait confirmé que le souci de la compétitivité pèse lourd dans la décision d'accepter des obligations internationales dont il est malaisé ensuite de s'affranchir. Cette confirmation était à vrai dire largement superflu au regard de l'expérience historique accumulée, en particulier du peu de succès des efforts d'Albert Thomas dans un contexte où la concurrence s'exerçait avant tout entre pays industrialisés. Inversement, le contexte économique des «trente glorieuses» explique la relative générosité des pays industrialisés sur le plan de la législation interne en même temps que leur bonne volonté sur le plan des engagements externes. Le climat général de prospérité et d'optimisme se conjuguaient avec la prévalence du modèle «fordiste» sur le plan social et l'aiguillon du modèle concurrent soviétique pour encourager les pays industrialisés à économie de marché du groupe IMEC à adopter une législation sociale plus favorable et à accepter de se lier les mains sur le plan international sans avoir trop à se soucier d'hypothéquer leur compétitivité face aux pays en développement, grâce à leur avance technologique et à la persistance des protections douanières.²¹

Cette situation se modifie de manière assez radicale avec l'extension du marché, de ses contraintes et de ses promesses à l'échelle de l'univers. La mise au

¹⁹ Et a donc une capacité d'autant moins grande d'exercer un impact concret sur les réalités.

²⁰ Cette logique n'est toutefois pas sans certaines conséquences perverses signalées ailleurs, telle que la tentation très observable de projeter la législation nationale sur la législation internationale au lieu de rechercher les solutions les plus adaptées.

²¹ Ceci n'est pas incompatible avec des grilles de lecture plus cyniques à la Prebisch selon lesquelles la manne de la redistribution interne dans les pays développés ne serait en réalité que la contre-partie d'une spoliation externe de plus-value opérée au détriment des pays en développement à travers la dégradation des termes de l'échange.

rancart presque simultanée du Père Noël fordiste et du Père Fouettard soviétique casse le ressort du «cercle vertueux» du progrès économique et des avancées sociales accompagnées de la ratification des conventions correspondantes. Les pays industrialisés les plus favorables à la philosophie de l'OIT semblent renouer eux-mêmes avec les réticences à ratifier de l'avant-guerre.²² L'affaiblissement corrélatif des syndicats fait que dans ces conditions, l'érosion des considérations de bienséance externes ne se trouve nullement compensée par la vigueur des pressions internes en faveur de la ratification.

Il serait évidemment peu réaliste d'attendre un renversement des perspectives d'un retour à des conditions d'opulence économique comparables à celles des trente glorieuses, ne serait-ce qu'en raison du nivellement relatif des capacités technologiques avec l'ouverture des marchés et la plus grande rapidité des transferts qu'elle permet. Il est en revanche permis de se demander si, à défaut d'une nouvelle phase d'opulence, les considérations d'efficacité économique ne pourraient être retournées en faveur de la ratification et venir en renfort des considérations axiologiques et politiques au lieu de les contrarier.

Cette perspective a depuis longtemps été défendue par le Bureau. Et cela est bien naturel puisqu'elle représente le prolongement logique de la structure tripartite de l'Organisation. Force est cependant de constater qu'elle exerce davantage d'impact lorsqu'elle émane d'organisations réputées gardiennes d'une certaine orthodoxie néo-libérale.

C'est bien ce que l'on a pu constater à propos du rapport établi par l'OCDE en 1996 au sujet des droits fondamentaux qui n'était pas au-dessus de toutes critiques sur le plan méthodologique, mais qui en raison de sa provenance a apporté une caution précieuse à la thèse d'une certaine convergence, ou en tout cas d'une non-contradiction, entre le respect des droits des travailleurs fondamentaux et l'efficacité économique.²³

Ce rapport posait cependant aussi de manière apparemment ingénue une question importante pour le propos qui nous occupe: s'il est vrai qu'il n'y a pas de contradiction et même une certaine convergence entre le respect des droits des travailleurs et la performance économique des Etats concernés sur le plan du commerce international, comment les Etats ne se laissent-ils pas plus volontiers persuader de mettre en œuvre les droits des travailleurs et en particulier les droits fondamentaux? Le rapport avance un certain nombre d'explications de caractère essentiellement économique sans toutefois mettre le doigt de manière spécifique sur ce que l'on peut appeler le «dilemme» de la ratification propre-

²² Même si ces inhibitions leur sont désormais inspirées moins par la concurrence des autres pays industrialisés que par la crainte de faire fuir les investissements et d'encourager les délocalisations vers des pays en développement.

²³ Voir *Le commerce, l'emploi et les normes du travail: une étude sur les droits fondamentaux des travailleurs et les échanges internationaux*, OCDE, Paris, 1996.

ment dite. En effet, même si l'on peut apporter la preuve empirique irréfutable du fait que le respect des droits fondamentaux est non seulement compatible mais favorable à l'efficacité économique du pays, cette démonstration sera sans doute de nature à encourager les Membres – du moins sur le long terme – à adopter un comportement idoine et même à se doter d'une législation conforme à ces principes. Et si, comme on vient de le voir, l'existence de cette législation est en tant que telle de nature à faciliter la ratification, il est douteux que la démonstration de sa compatibilité avec les considérations d'efficacité ajoute grand chose aux arguments en faveur de celle-ci. D'une part, l'avantage attendu sur le plan économique du respect de ces principes sera de toute manière acquis, qu'ils ratifient ou non les conventions qui les proclament. D'autre part, le fait de ne pas ratifier leur laissera une plus grande marge de discrétion pour adapter la mise en œuvre de ces droits et principes aux idiosyncrasies nationales en s'inspirant de manière éclectique du modèle estampillé OIT, mais sans avoir à se plier aux prescriptions des organes de contrôle.

Les réflexions qui précèdent, loin de pousser au fatalisme, doivent mettre sur la voie des solutions qui s'offrent logiquement pour dépasser les limites inhérentes à la persuasion sur le chemin de la réalisation universelle des objectifs de l'OIT. La première est d'examiner si l'acceptation d'une obligation contraignante en matière de droits des travailleurs y compris sous la forme de ratifications est rendue plus attrayante, non pas seulement sur le plan des principes mais à travers une contrepartie tangible. La deuxième voie est d'appliquer la persuasion pour promouvoir et évaluer directement les progrès vers les objectifs de protection, dans la mesure ou le «détour» par la «voie royale» des obligations conventionnelles s'avère très souvent dans les faits être une impasse; il s'agit-là d'une possibilité sur laquelle on reviendra en conclusion.

III. La contrainte au secours de la persuasion ou vers la contrainte par de nouvelles formes de persuasion fondées sur l'intérêt?

Comme il y a été fait allusion plus haut, l'idée de réaliser les objectifs énoncés dans la Constitution de l'OIT par des méthodes autres que la persuasion n'a rien d'une nouveauté. La tentation de faire appel à des méthodes plus contraignantes pour réaliser les objectifs universels de la Constitution est en réalité aussi vieille que l'Organisation elle-même. Elle s'inscrit du reste dans la logique du dernier attendu de son préambule ou l'on peut voir comme une concession aux considérations de *realpolitik* dans un texte par ailleurs imprégné de valeurs humanistes. S'il est vrai en effet que les Etats, quels que soient les «sentiments de justice» qui les animent, se déterminent en dernier ressort en fonction de ce qu'ils croient être conforme à la défense de leurs intérêts dans une économie ouverte qui les met en concurrence permanente, alors l'action normative risque d'échouer, précisément là où elle serait peut-être la plus nécessaire.

C'est pourquoi, dans le cadre de la commission de législation internationale, certains des fondateurs imaginèrent d'abord que la seule manière de tirer les conséquences logiques du constat réaliste du préambule était d'opter pour une solution «obligatoire» universelle. Cette solution consistait à doter la Conférence du pouvoir d'adopter une législation internationale du travail directement applicable à l'ensemble des Membres sous réserve d'*opting out*. On sait qu'ils y renoncèrent pour deux raisons concrètes et interdépendantes qui auraient du donner à réfléchir aux promoteurs de la clause sociale. D'abord on s'est vite rendu compte qu'un tel niveau de «supranationalité» risquait d'être dissuasif pour l'adhésion. Et même, si tel n'était pas le cas, il pousserait une majorité des futurs Membres à adopter une stratégie du «moins-disant» social ou en d'autres termes du plus petit commun dénominateur.²⁴

Avec un recul de dix ans depuis la réinvention de la clause sociale au moment de la conclusion de l'Uruguay Round en 1993-94, l'enlisement des discussions constitue un rappel salutaire d'une évidence têtue: celle que dans le système international tel qu'il existe l'acceptation de nouvelles obligations passe obligatoirement par la persuasion et que l'on est encore à cet égard loin du compte. Il serait cependant erroné d'en conclure que le chapitre de la clause sociale peut désormais être considéré comme refermé. Comme l'observe Polaski, la question de savoir comment assurer la mise en œuvre universelle d'un socle

²⁴ De tels «effets en retour» ne semblent cependant inévitables que dans la mesure où la mise en œuvre d'une telle «législation internationale» ne comporte pas de contrepartie tangible en particulier sur le plan économique. Il n'est pas interdit de penser qu'il n'en irait plus de même dans le cas où les avantages commerciaux liés à la ratification viendraient au secours de la satisfaction du devoir accompli.

de droits fondamentaux ne se laissera pas évacuer si facilement.²⁵ L'impasse apparente dans laquelle se trouve la question semble plutôt fournir la confirmation des limites inhérentes à la persuasion indépendamment du cadre institutionnel où elle s'exerce dès lors qu'elle fait appel essentiellement à des considérations politiques ou de principe.

L'argumentation en faveur de l'inclusion d'une dimension sociale dans les disciplines du commerce multilatéral a en effet eu tendance à se concentrer sur sa légitimité ou son illégitimité du point de vue des principes.²⁶ Or il semble désormais clair, à la lumière de l'expérience des dix dernières années, que la bataille du lien,²⁷ si tant est qu'elle se poursuive, ne sera pas gagnée ou perdue grâce à la force de semblables arguments derrière lesquels chacun, selon son camp, est prompt à détecter les arrière-pensées protectionnistes ou de dumping social.

Si l'acceptation d'une dimension sociale dans les disciplines du commerce multilatéral²⁸ passe forcément par la persuasion de l'ensemble des parties contractantes conformément aux règles très contraignantes applicables à la modification des textes existants, alors il faut se demander si, au-delà de ces grands principes, les Membres pourraient se laisser persuader qu'un tel lien présenterait un intérêt suffisamment tangible et concret pour chacun d'eux. La réponse à cette question conduit alors à s'interroger sur la nature et la consistance exacte de l'avantage que ce lien pourrait apporter.

Mais cette question ouvre des perspectives exactement symétriques du côté de l'OIT. L'intérêt ne peut-il venir au secours des principes pour pousser les Etats à ratifier des conventions qui au-delà d'obligations et d'un avantage moral leur confèreraient des droits ou avantages tangibles?

²⁵ Voir S. Polaski, *Trade and Labor Standards – A Strategy for Developing Countries*, Carnegie Endowment for International Peace, 2003.

²⁶ Équité et progrès social d'un côté; logique et cohérence intrinsèque du système commercial multilatéral – y compris du point de vue de la sacro-sainte distinction entre produit et processus de production – et rejet du protectionnisme sous toutes ses formes de l'autre.

²⁷ Voir dans ce sens Elliot, *op. cit.*, *supra* note 8, p.1: «The debate over linking trade and worker rights is often a dialogue of the deaf, with advocates on either side paying little attention to the scope for positive synergies between labor standards, development, and globalization. Instead, each side views the other as promoting positions that will, intentionally or not, impoverish poor people in poor countries. Opponents of global labor standards fear that these standards will undermine developing countries' comparative advantage in low-wage goods or be abused for protectionist purposes, thereby denying workers job. Standards advocates argue that failure to include labor standards in trade agreements increases inequality and leads to a race to the bottom for workers worldwide».

²⁸ Autre que celle qui se trouve en quelque sorte déjà inscrite dans leurs interstices à travers le préambule ou l'article XX de l'Accord OMC que l'on évoquera plus loin.

1. L'intérêt d'un «lien» avec les disciplines du commerce multilatéral pour l'acceptation d'une obligation universelle et contraignante de protection de (certains) droits des travailleurs

Pour se faire une idée objective de l'intérêt concret que les Membres de l'OMC qui sont également Membres de l'OIT pourraient avoir à accepter l'inclusion de certains droits des travailleurs parmi les disciplines obligatoires du commerce international, il faut non seulement identifier la nature et l'importance des avantages qui pourraient en résulter (en termes de compensation ou de cohérence), mais aussi, ce que l'on néglige trop souvent, si le renforcement de l'efficacité obligatoire ne risque pas d'être acquis au prix de certains sacrifices pour l'intégrité de la définition du droit protégé.

1.1 Des avantages de quelle nature: compensation ou cohérence globale?

La question du lien nécessaire ou approprié entre la formation d'un espace économique intégré et le rapprochement des législations et pratiques sociales se pose dans tous les types et mouvements d'intégration d'espaces politiques autonomes depuis les Etats fédéraux à la formation du marché global dans le cadre de l'OMC, en passant par les regroupements à base régionale ou par une entreprise *sui generis* telle que celle de l'Union européenne qui se situe à mi-chemin des groupements d'intégration régionale et des Etats fédéraux. La comparaison est certainement instructive pour mesurer la valeur «relative» que représente l'accès à un marché élargi du point de vue de l'acceptation d'une dimension ou de contraintes sociales communes.²⁹

²⁹ On ne peut à cet égard manquer d'être frappé par le paradoxe que dans un système fédéral, tel que celui des Etats-Unis, le gouvernement fédéral répugne traditionnellement, au nom du respect de «l'équilibre fédéral» à faire trop usage de son pouvoir constitutionnel de réglementer le commerce entre les Etats avec les nations étrangères et les tribus indiennes pour développer une législation uniforme – et ratifier les conventions de l'OIT dans le même temps où le respect de la spécificité des Etats est invoquée à l'OMC pour résister aux tentatives de «clauses sociales» dont le principal promoteur fut à une certaine époque les mêmes Etats-Unis. Voir à ce sujet l'observation très significative de R. Zoellick dans son article d'avril 2004 au Herald Tribune selon lequel les normes que réclament les isolationnistes seraient difficiles à atteindre au sein du système américain. Dans le cadre de l'ALENA le «prix» que les Membres du groupe ont été disposés à payer sous la forte pression des Etats-Unis et de l'American Federation of Labor and Congress of Industrial Organisations (AFL-CIO), pour le «différentiel» de libération dans le libre mouvement des marchandises et des capitaux par rapport à ce qui prévalait alors au niveau universel était relativement limité puisqu'il s'agissait de l'application du droit national (et l'on peut s'interroger sur la valeur ajoutée que cela représente par rapport à ce qui était exigible de toute manière en vertu du système OIT puisque le droit national n'est, au moins dans le cas du Mexique, que la traduction des obligations résultant de la ratification des conventions pertinentes de l'OIT). Dans le cas de l'Union européenne qui est le modèle le plus ambitieux et le plus proche

Dans tous les cas – et c'est également vrai au niveau universel – il apparaît que la constante élimination des obstacles aux échanges réduit d'autant la portée des concessions encore possibles et, par conséquent, érodent l'attrait que ces concessions peuvent représenter pour l'acceptation de «contraintes» sur le plan social. Bien sûr tout dépend de l'objet et de la consistance du lien,³⁰ mais même si ce lien s'applique uniquement aux droits considérés comme fondamentaux, comme il en est souvent question, il n'est pas aisé d'imaginer ce qui pourrait représenter une contrepartie réellement significative étant donné les avancées déjà réalisées sur le plan du libre mouvement des marchandises et des capitaux et du fait qu'en matière de services, ce sont plutôt les pays développés qui sont demandeurs; si ce n'est peut-être du côté de la libéralisation de l'agriculture qui pose évidemment un problème social de première importance pour les pays développés.³¹

Tout ceci suggère que la logique de compensation n'est pas suffisante ni nécessairement la plus persuasive pour conduire à accepter une obligation universelle relative à la protection de certains droits (fondamentaux) des travailleurs. C'est pourquoi on observe une certaine ré-orientation du débat relatif au lien qui tend à le faire passer d'une logique «compensatoire» (comme si les droits garantis représentaient un fardeau), à une logique de «cohérence» suivant laquelle ce lien représente le prolongement nécessaire de la garantie d'un accès au marché dans des conditions égales pour toutes les parties contractantes.³² Cette logique de cohérence ne saurait s'appliquer à n'importe quel aspect de la

d'un modèle fédéral, la dimension sociale a toujours été réduite à la portion congrue, le progrès étant attendu avant tout d'une prospérité venant de l'ouverture des frontières. Le maintien de l'unanimité dans le système élargi en dit long sur les sacrifices que l'on est disposé à consentir sur le plan social pour prix d'un élargissement du marché unique. Aussi bien la vraie dimension sociale se situe-t-elle moins dans la Charte que dans la libre circulation de la main d'œuvre et les fonds de compensation régionale.

³⁰ Quels droits et quels travailleurs il serait censé couvrir.

³¹ On ne peut à cet égard manquer d'être frappé par l'ironie de l'histoire. Il n'y eut sans doute jamais d'occasion plus favorable que celle de la Charte de La Havane après-guerre pour introduire une dimension sociale dans les disciplines du commerce international, à la fois en raison de la plus grande homogénéité des Parties contractantes que du fait de l'importance et de la multiplicité des barrières commerciales à abattre et par voie de conséquence de la «valeur» des concessions à venir. Or l'échec est venu du pays qui depuis s'est fait le champion sans doute le plus constant de cette dimension sociale.

³² Telle est bien la leçon – le précédent – que certains croient pouvoir tirer de l'Accord TRIPS. Il s'agit-là cependant d'un précédent dont le moins que l'on puisse dire est qu'il est à double tranchant. Non point qu'il ne soit pas pertinent sur le plan juridique au contraire: entre un produit contrefait et un produit de marque, le problème est précisément que le commun des consommateurs ne peut voir de différence; et s'il est possible de traiter de manière différente une contrefaçon nonobstant la sacro-sainte distinction entre produit et processus de production, on ne voit pas pourquoi il n'en serait pas de même pour deux produits en apparence identiques mais dont l'un a été fabriqué dans des conditions contraires à des normes préétablies. Mais c'est un précédent très encombrant sinon entièrement négatif sur le plan politique dans la mesure où les pays en développement ont eu en découvrant ses conséquences l'impression d'avoir été floués.

protection sociale. Mais elle est certainement applicable aux droits fondamentaux qui, en tant qu'«*enabling rights*», ont selon les termes de la Déclaration de 1998, une «signification particulière» dans le contexte de l'économie globale. Le respect obligatoire par tous les Membres de normes sociales minimales ou fondamentales est une condition pour que chacun puisse être assuré d'un accès au marché des autres dans des conditions égales.

Parmi une littérature surabondante et de qualité parfois inégale, on peut citer en ce sens l'argumentation de Polaski dans une étude récente effectuée pour la Fondation Carnegie.³³ Elle essaie entre autres de surmonter la méfiance des pays en développement en montrant que les accords existants sur un plan multi ou bilatéral n'ont pas donné lieu à une application protectionniste et en soulignant que de telles clauses sont désormais dans l'intérêt bien compris des pays en développement eux-mêmes vis-à-vis d'autres pays en développement tentés de pratiquer une «*beggar-thy-neighbour strategy*».

L'effort de persuasion, on le voit, change de cible et de registre. Il ne cherche pas tant à faire valoir les avantages à attendre des nouvelles avancées de la libéralisation des échanges comme ce fut le cas pour faire «avalier» les TRIPS aux pays en développement. Il s'agit désormais de les persuader que seule la protection des droits fondamentaux des travailleurs est capable de sauvegarder de manière égale pour tous les avantages de la libéralisation pour les pays en développement en déjouant la logique des «*free riders*» de l'avantage comparatif.³⁴

Il est possible que ce genre d'argumentation de cohérence ait une valeur suffisamment persuasive sur une fraction grandissante de Parties contractantes qui après avoir réalisé de grands progrès dans l'amélioration des conditions de leurs travailleurs à la faveur de la prospérité nouvelle engendrée par la libéralisation et de la mise en œuvre progressive des droits fondamentaux, voient soudain cet acquis menacé par l'irruption de «*free riders*» où les travailleurs n'ont pas la possibilité de revendiquer et d'obtenir la contrepartie équitable des richesses qu'ils ont contribué à créer.³⁵

La difficulté est cependant qu'au-delà de sa logique propre, la reconnaissance de tels droits au niveau universel ne saurait de toute manière être envisagée que dans le cadre d'un nouveau paquet ou «cycle» qui viendrait remodeler ou compléter «l'acte unique» des accords en vigueur. Or, il convient à nouveau de

³³ Voir Polaski, *op. cit.*, *supra* note 25.

³⁴ Lesquels profitent de l'ouverture des marchés sans en payer le prix sur le plan de l'amélioration des conditions de vie (et de travail) pourtant prévu qui, conformément à la charte de l'OMC, devrait l'accompagner.

³⁵ Voir Elliot, *op. cit.*, *supra* note 8, p. 5: «A few countries make no pretense about this. Pakistan, Bangladesh, and a few other countries explicitly restrict core labor standards in export processing zones (EPZs) – usually freedom of association and bargaining rights – with the stated goal of attracting foreign investment and increasing exports. In many more countries, union organizers are blacklisted by firms or denied access to EPZs that are usually surrounded by high walls or fences».

le souligner, une entreprise de cette ampleur passe par des conditions très exigeantes de consensus, dans lequel tous, y compris les «*free riders*», auraient bien sur leur mot à dire. C'est pourquoi il est douteux que la logique de la cohérence puisse suffire à emporter leur acceptation sans un «coup de pouce» de la logique de compensation.

1.2 A quel prix: une efficacité accrue au prix de l'intégrité du contenu de la protection?

On a souvent relevé que l'évaluation des avantages du lien doit prendre en compte que celui-ci fait l'impasse sur le sort des travailleurs du secteur informel. Mais on néglige en revanche trop souvent l'impact sur le contenu même des droits qui devrait pourtant être du plus haut intérêt pour ses bénéficiaires mêmes. On ne saurait perdre de vue en effet que la définition des droits protégés telle qu'elle s'inscrit dans les instruments de l'OIT et peut-être surtout à travers la «jurisprudence» des organes de contrôle doit beaucoup à leur dimension «volontaire».

L'on pourrait soutenir que ces définitions auraient été beaucoup moins libérales et surtout que l'intervention des organes de contrôle en matière «d'interprétation» aurait été placée sous la plus haute surveillance si elle avait eu des conséquences automatiquement obligatoires pour l'ensemble des membres. Il suffit à cet égard de se référer à la jurisprudence du comité de la liberté syndicale à propos d'un instrument qui ne mentionne même pas de manière explicite le droit de grève pour mesurer la portée de ce problème.

Ce n'est sans doute pas l'effet du hasard si, lors de l'achèvement de l'Uruguay Round, l'objet du lien fut défini par référence à des concepts variables dont celui de «droits des travailleurs internationalement reconnus». L'expression est empruntée à la législation américaine relative aux préférences généralisées et dont le moindre des avantages n'est pas d'éviter une référence expresse aux conventions internationales du travail telles qu'interprétées et appliquées par les organes compétents de l'OIT. Cela laisse à présager que si d'aventure la liberté syndicale devait être rendue obligatoire pour les membres de l'OMC, son contenu ne manquerait pas d'être «revisité» de manière drastique.

Cela rend d'autant plus inévitable d'explorer d'autres voies, non seulement la voie d'une greffe au niveau régional ou bilatéral comme le suggère l'étude susvisée de Polaski.³⁶ Aussi la voie pour ainsi dire symétrique de la greffe d'une dimension synallagmatique sur les conventions de l'OIT pour en rendre la ratification plus attractive et remédier ainsi à l'infirmité congénitale du système.

³⁶ Voir Polaski, *op. cit.*, *supra* note 25.

2. *L'intérêt au secours de la ratification et de l'impact universel des conventions de l'OIT*

Les développements de la première partie nous ont permis de constater que les obligations souscrites en vertu de conventions internationales du travail ne sont pas moins obligatoires que celles découlant des accords OMC, y compris comme on le verra sur le plan d'éventuelles conséquences commerciales de leurs violations en vertu de l'article 33 de la Constitution. Le problème est que cette obligation n'est assortie d'aucun avantage si ce n'est sur le plan moral ou de manière très limitée à travers la «réciprocité» résultant de l'article 26 de la Constitution.³⁷ Si les choses ne sont pas si simples, on vient de le voir du côté du «lien» avec les disciplines commerciales multilatérales, il serait également erroné de croire que l'absence de contrepartie tangible est inhérente à la nature même des conventions. Rien n'empêche en effet une convention internationale du travail d'apporter des droits et avantages concrets, au-delà de la satisfaction de contribuer à la réalisation des objectifs de l'Organisation et celle du devoir accompli. Dans cette perspective, on a parfois évoqué la possibilité de donner aux conventions une dimension «syal-lagmatique» susceptible d'en rendre la ratification plus attrayante ou «rewarding».

La transposition d'un concept issu du droit des obligations dans le contexte institutionnel de l'OIT exige bien sûr une grande prudence. Certes, la ratification peut conférer certains droits à l'égard des autres parties. Soit par l'effet automatique des dispositions de la Constitution, et bien sûr celles de l'article 26 précité, soit par l'effet de dispositions spécifiques de réciprocité telles que celles qui figurent dans les conventions de l'OIT en matière de sécurité sociale. Il ne faut jamais perdre de vue cependant que l'objet de la ratification n'est pas de créer des obligations et droits bilatéraux *inter partes*. Il est de créer une obligation (qui n'exclut du reste pas une certaine réciprocité) à l'égard de l'Organisation elle-même.³⁸

Au-delà de sa signification agréée, le recours à ce concept recouvre une intuition peut-être féconde: celle que la ratification, et l'obligation qui en découle, puisse en quelque sorte trouver sa cause dans la contrepartie qu'elle rend exigible, non pas seulement vis-à-vis des autres parties, mais de manière beau-

³⁷ Comme on le sait le projet original de cette disposition aurait – dans le droit fil de la logique de réciprocité et d'égalisation des coûts de la protection sociale – réservé la possibilité d'introduire une plainte aux seuls membres ayant ratifié. L'extension de ce droit aux délégués au cours des travaux de la commission de législation sociale de la Conférence de la Paix, combiné à une moisson de ratifications décevante dans l'avant-guerre a sensiblement modifié la signification et réduit la portée de cette contrepartie – au point que certains Etats, dont la France, ont cru pouvoir rétablir une réciprocité plus réelle par le biais du système des ratifications conditionnelles, alors que la solution «clause sociale» serait censée apporter une contrepartie significative à travers l'accès libre au marché des autres parties contractantes.

³⁸ Ainsi, le fait que la Constitution rende exigible la non-exécution par une partie de ses obligations ne saurait ainsi en aucun cas libérer les autres de leur obligation de mettre en œuvre la convention elle-même; elle prive simplement d'objet et de cause les obligations fondées sur la réciprocité s'il en existe dans la convention considérée.

coup plus large, à travers l'autorité que confère à la convention son adoption dans le cadre constitutionnel de l'OIT vis-à-vis des autres Membres et même de tiers. Par là-même, la ratification non seulement devient plus attrayante, mais la convention elle-même peut revêtir dès son entrée en vigueur une portée universelle, qu'elle soit ou non universellement ratifiée.

L'illustration la plus significative de cette démarche est fournie par le projet de convention maritime intégrée qui, reprenant la démarche déjà décrite comme «révolutionnaire» en son temps de la convention n° 147 sur la marine marchande, 1976,³⁹ (à travers le pouvoir reconnu à l'Etat du port d'exercer certains contrôles et même prendre des mesures à l'égard de navires battant pavillon d'Etats non parties) en lui conférant une portée infiniment plus vaste.

La pertinence de cette démarche n'est cependant pas – il convient de le souligner – limitée à la situation très spécifique d'une industrie internationale par nature comme c'est le cas des activités maritimes. L'idée de greffer ce que l'on peut appeler une «dimension commerciale» sur un instrument d'application territoriale classique susceptible de lui conférer indirectement une portée plus large sinon universelle a des antécédents. Elle a par exemple été envisagée lors des travaux préparatoires de la convention n° 105 sur l'abolition du travail forcé, 1957, en ce qui concerne l'importation des «produits» du travail forcé. De manière beaucoup plus récente – et beaucoup plus significative – elle fut illustrée par l'idée d'une convention relative à un label social global émise par le Directeur général dans son rapport à la Conférence de 1997.⁴⁰ Une telle convention aurait, par le biais de la reconnaissance mutuelle des labels concernant les produits fabriqués dans des conditions respectueuses de droits des travailleurs spécifiquement identifiés, eu pour conséquence non seulement de permettre de «délabelliser» les produits des pays pris en défaut par suite d'une inspection, mais de façon plus générale de priver de label les produits en provenance d'Etats non parties.⁴¹

L'accueil pour le moins mitigé fait à cette idée montre cependant que s'il est en principe plus facile d'introduire une dimension commerciale dans les normes internationales du travail qu'une dimension sociale dans les disciplines du commerce international compte-tenu des règles respectives applicables à la prise de décision,⁴² une telle greffe exige tout de même un effort de persuasion

³⁹ Voir F. Wolf et H. Kellerson, « Les problèmes de droit du travail et la convention sur le droit de la mer » dans *Perspectives du droit de la mer à l'issue de la Troisième Conférence des Nations Unies*, Société française de droit international, Colloque de Rouen, 1983, pp. 224-237.

⁴⁰ Voir *L'action normative à l'heure de la mondialisation*, Rapport du Directeur général, Conférence internationale du Travail, 87^e session, 1997, p. 34.

⁴¹ Même si, conformément aux règles de l'OMC, ces produits ne peuvent se voir refuser l'accès au marché national dans des conditions identiques à celles des produits nationaux.

⁴² Majorité des deux tiers dans le cas de l'OIT contre consentement (virtuellement) unanime dans le cas de l'OMC.

très important pour parvenir à mobiliser non seulement le soutien des groupes non-gouvernementaux dont l'appui est évidemment décisif dans une entreprise de ce genre, mais suffisamment de gouvernements de l'ensemble des régions comme cela a jusqu'ici été le cas de la convention maritime consolidée.⁴³

IV. Conclusion

Les réflexions qui précèdent suggèrent deux constats en guise de conclusion. Le premier constat est qu'il n'existe pas de solution miracle ou de raccourci («*quick fix*») vers la réalisation universelle des objectifs de l'OIT par des solutions qui seraient automatiquement obligatoires pour tous. Un tel constat ne saurait surprendre et encore moins choquer. N'est-il pas inhérent à la philosophie de l'OIT que le progrès social ne saurait être décrété par une autorité extérieure si bienveillante soit-elle? Elle passe par le dialogue tripartite, c'est-à-dire par la persuasion. Encore faut-il que les conditions du dialogue existent tant au niveau individuel qu'au niveau collectif, et c'est évidemment de ce point de vue que la garantie universelle et obligatoire des droits fondamentaux peut revêtir une «signification particulière» et justifier d'un traitement à part.

A la lumière de ce qui précède, il apparaît cependant que le plus sûr moyen d'assurer une protection obligatoire et contraignante, y compris sur le plan économique de ces droits fondamentaux sans risquer de compromettre le niveau de la protection, est de pousser à la ratification universelle des conventions correspondantes de l'OIT.⁴⁴

⁴³ Ceci dit, rien n'interdit d'utiliser ce schéma sur une base multilatérale en dehors de l'OIT, et cela pourrait donner alors à reconsidérer l'avantage qu'il pourrait y avoir à en discuter dans le cadre de l'OIT qui est le seul ou tous ceux qui peuvent s'en trouver affecter de manière directe ou indirecte se trouvent représentés.

⁴⁴ Et ce largement il faut le reconnaître, grâce au fait que par la redécouverte tardive de l'article 33 de la Constitution, la dimension obligatoire vient se greffer ex-post alors que le contenu des obligations est consolidé; d'où l'on peut déduire que le grand mérite de l'article 33 est de s'être fait oublier dans toute la période de l'après-guerre (Nicolas Valticos n'en traite dans son Traité qu'à travers l'évocation des amendements à la Constitution de 1946!). Le moindre des mérites de la Déclaration de 1998 n'est pas d'avoir puissamment contribué (à travers, semble-t-il, le caractère relativement dissuasif de son suivi) à pousser beaucoup de Membres à ratifier. Mais cet effet s'amenuise progressivement et son impact plafonne; or comme le souligne à juste titre le dernier rapport global relatif à la liberté syndicale et à la négociation collective (2004), le bilan est loin d'être satisfaisant en ce qui concerne le droit le plus significatif pour la redistribution équitable des richesses engendrées par la mondialisation (sur le plan interne et par comparaison avec les travailleurs occupés dans les mêmes occupations à l'étranger) puisque au total la garantie effective de la liberté syndicale et de la négociation collective ne couvre guère plus que la majorité absolue des travailleurs, ce qui laisse tout de même subsister un grave point d'interrogation sur l'efficacité du système.

Le deuxième constat est que s'il n'existe pas de solution miracle pour atteindre les objectifs constitutionnels de l'OIT par le biais d'un raccourci institutionnel obligatoire, il serait erroné d'en conclure que le seul outil disponible est la persuasion telle qu'elle a été traditionnellement pratiquée depuis l'origine de l'OIT. Le système tel qu'il existe est loin d'avoir épuisé toutes ses possibilités, et la persuasion peut encore jouer un rôle considérable pour mettre en valeur les dimensions obligatoires résultant des textes existants ou qui peuvent se développer dans leurs interstices. Les développements qui précèdent ouvrent trois pistes de réflexion.

La première a trait à l'article 33 de la Constitution et aux synergies possibles entre ce texte et les dispositions de la Charte de l'OMC⁴⁵ pour renforcer les moyens de contrainte à disposition pour obtenir le respect des obligations afférentes à la ratification. La reconnaissance de telles synergies dépend de l'interprétation qui pourrait être donnée un jour à cette disposition par l'organe de règlement des différends à propos d'initiatives telles que le *Burmese Freedom and Democracy Act* américain. A la différence de la modification du système, elle relève essentiellement de la capacité de persuasion juridique des défenseurs des deux façons de voir.

La deuxième a trait à une forme de raccourci constitutionnel qui consiste à faire dériver l'obligation directement de la charte constitutive au lieu de passer par l'intermédiaire d'une convention. L'illustration en est évidemment fournie par la Déclaration de 1998 qui, on le sait, a abouti à faire reconnaître expressément par l'ensemble des Membres l'obligation inhérente à leur acceptation de la Constitution en ce qui concerne les droits fondamentaux.

La troisième illustration qui est en fait complémentaire de la précédente est révélée également par la Déclaration de 1998 ou plus exactement par son mécanisme de suivi. Ce mécanisme met en lumière ce qui représente une autre formule de «raccourci» institutionnel, de portée beaucoup plus vaste que la précédente; elle permet de promouvoir les objectifs de la Constitution sans passer obligatoirement par le «détour» d'obligations conventionnelles. Bien que ce détour apporte, on l'a dit plus haut, une valeur ajoutée dont on ne saurait assez souligner l'importance, il n'y a aucune raison de considérer que celle-ci doit nécessairement se payer d'un impact géographique très limité, comme c'est trop souvent le cas. Le suivi de la Déclaration a permis de rappeler à l'attention que l'article 19 de la Constitution permet d'évaluer et par là même d'encourager l'impact universel des instruments adoptés par la Conférence, y compris les recommandations. Bien sûr il ne serait pas très réaliste de prétendre utiliser cet outil pour l'ensemble des instruments existants étant donné leur nombre et leur objet souvent trop fragmentaire. Mais il n'en irait plus de même pour des instruments consolidés ou pour des instruments portant sur des sujets transversaux du type travail décent.

⁴⁵ En particulier l'article XX du GATT relatif aux exceptions de moralité publique.

En somme, rien n'interdit de penser que l'âge d'or de l'action normative n'est pas derrière nous mais qu'il est encore à venir. Une chose est certaine cependant: il ne reviendra pas tout seul. Les réalisations remarquables du passé ne sauraient servir d'oreiller à la complaisance, à la nostalgie ou à la reproduction paresseuse des formules qui ont fait leur preuve; elles doivent nous inciter à davantage de lucidité sur les conditions qui les ont rendu possibles à un moment déterminé et à faire preuve d'une imagination comparable à celle de nos devanciers pour tirer de circonstances nouvelles des opportunités fraîches pour faire avancer les objectifs permanents de l'OIT. Le souvenir de Nicolas Valticos et ses accomplissements devraient y aider.

