

CHAPITRE III

LA NON-DISCRIMINATION EN DROIT INTERNATIONAL ET EN DROIT EUROPÉEN¹

1. Le principe de non-discrimination

Le principe d'égalité et de non-discrimination est un principe transversal à tous les droits de la personne humaine, présent au niveau international, européen et national. La non-discrimination est à la fois un droit de la personne à lui seul et un élément constitutif de tous les autres droits².

L'Organisation des Nations unies, créée en réaction aux horreurs liées au racisme, au fascisme et au National socialisme, a toujours placé la question des discriminations au cœur de ses préoccupations³. Un de ses objectifs, tels qu'énoncés dans la Charte des Nations unies, est de promouvoir et d'encourager le respect pour tous des droits et libertés fondamentales de la personne *“sans distinction de race, de sexe, de langue, de religion”*⁴.

Aujourd'hui, le principe de non-discrimination a indubitablement acquis le statut de règle, de norme fondamentale du droit international des droits de l'homme⁵, ayant rapidement été introduit dans la majorité des instruments du droit international des droits de l'homme. Il est présent de manière implicite dans la plupart des dispositions relatives aux droits individuels, qui sont rédigées dans un langage universel, sous les formes suivantes : *“Toute personne doit avoir accès à l'éducation”* ou *“aucune personne ne doit être soumise à une arrestation arbitraire, à la détention ou à l'exil”*⁶. En outre, il est largement admis que le principe de non-discrimination est une norme du droit coutumier international, tout au moins s'agissant de la discrimination fondée sur le sexe, la race, l'origine ethnique. Le principe de non-discrimination a également le statut de norme de *jus cogens*⁷.

Les acteurs régionaux, tels que le Conseil de l'Europe puis l'Union européenne, ont également largement contribué à la mise en place d'instruments juridiques pour lutter contre les discriminations. Malgré l'importance du principe de non-discrimination garantissant les mêmes droits à tous sur un même pied d'égalité, il a été considéré comme nécessaire que des groupes vulnérables bénéficient d'une protection dans le but de traiter de leurs problèmes spécifiques. De ce fait, plusieurs instruments juridiques ont été adoptés

concernant des critères spécifiques, tels que la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant, la directive du Conseil de l'Europe sur l'égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique et la directive du Conseil européen portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail qui traite de la discrimination fondée la religion, la croyance, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle⁸.

Tel que souligné dans le premier chapitre, il existe plusieurs théories et approches philosophiques de l'égalité ainsi que diverses formulations de l'égalité en droit. Tout comme le principe de non-discrimination est le corollaire nécessaire du principe d'égalité, plusieurs formulations du principe de non-discrimination existent.

Voici un instrument pour analyser et caractériser les dispositions relatives aux principes d'égalité et de non-discrimination. De telles dispositions peuvent être plus ou moins ouvertes à interprétation:

- S'agit-il d'interdire les discriminations (portée restreinte) ou de prohiber l'établissement de distinctions (portée plus large) ?
- S'agit d'un choix de définition (inclut-elle la discrimination directe, la discrimination indirecte, le harcèlement, l'injonction de discriminer) ?
- Selon que la discrimination directe et la discrimination indirecte sont couvertes, les critères d'identification applicables aux deux sont-ils les mêmes ?
- En fonction des motifs énumérés, la mesure s'applique-t-elle uniquement à certains motifs – race, genre –, à tous les motifs explicitement énoncés, ou à une liste des motifs non exhaustive ?
- L'interdiction de discriminer s'applique-t-elle en fonction de l'identification explicite de situations ?
- Quels sont les domaines couverts : les mesures sont-elles limitées au domaine du droit du travail, ou ont-elles une portée plus générale ?
- Quant à l'obligation de ne pas discriminer, ne concerne-t-elle que l'État ou également les acteurs privés ?
- Les dispositions sont-elles symétriques ou asymétriques, protègent-elles les groupes dominants et non dominants de la même manière ?
- Y a-t-il des critères plus suspects que d'autres, et les exigences de preuve sont-elles les mêmes pour chaque critère ?
- Comment la charge de la preuve a-t-elle été répartie ?
- Les dispositions prévoient-elles ou imposent-elles des actions positives

(aussi appelées “discrimination positive” ou encore “mesures spéciales”) ?

- Quels sont les critères d’appréciation de la légalité de l’action positive ?

Plus une disposition est rédigée de manière large et ouverte à interprétation, plus elle laisse de la place aux juges pour construire le régime juridique à travers sa jurisprudence. Une disposition plus restrictive indique que le législateur a voulu une application précise du critère.

La plus pure forme de modèle restrictif ne semble pas exister bien que les tribunaux aient néanmoins, dans ce cas, développé des règles d’application jurisprudentielles. Les dispositions plus larges laissent une marge d’interprétation plus grande aux juges pour élaborer une approche adaptée aux besoins et au contexte. En droit interne, les dispositions constitutionnelles relatives à la non-discrimination ont tendance à être rédigées de façon large, tandis que les règles du droit pénal sont généralement rédigées de façon plus précise et restrictive.

Au regard des différences de protection qui existent, en particulier dans les instruments du droit international, il est important de souligner que l’individu peut toujours se prévaloir de la meilleure protection disponible. Le fait que certains instruments prévoient une plus faible protection ne peut pas restreindre la protection prévue par un autre instrument. On doit toujours, d’une part, garder en mémoire qu’un traité particulier ou une disposition peut ne pas engager un État du fait de la non ratification ou des réserves faites par cet État et, d’autre part, qu’il est important de vérifier l’état des ratifications dans l’État concerné.

Si l’on regarde l’énumération des motifs qui figurent dans les dispositions de lutte contre les discriminations, on peut remarquer une évolution chronologique. Tandis que la Charte des Nations unies de 1948 ne mentionne que la race, le sexe, la langue et la religion comme motifs de discrimination interdits, la Charte de l’Union européenne sur les droits fondamentaux de 2000 énonce dix-sept motifs différents, en plus du fait que la liste n’est pas exhaustive. Dans les textes internationaux, la tendance s’oriente vers le choix d’une liste non exhaustive. Les nouvelles directives européennes relatives à l’égalité de traitement⁹ constituent l’exception la plus notable à cet égard.

Nous nous intéresserons aux dispositions du droit international et européen qui interdisent la discrimination, qu’elle soit générale ou fondée sur l’origine ethnique, la race, la religion ou les convictions, le handicap, l’âge ou l’orientation sexuelle. Cela permet de se concentrer sur les motifs spécifiques pour lesquels il existe une réglementation récente de l’Union européenne demandant la construction de connaissance et d’expertise dans ce domaine. Cependant, à cause de contraintes d’espace, il ne s’agit que d’une démarche introductive et il est conseillé au lecteur d’approfondir cette présentation en consultant les ouvrages de la bibliographie.

2. Le droit international des droits de l'homme

2.1 La Déclaration universelle des droits de l'homme

La Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), adoptée à l'unanimité par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 novembre 1948, est sûrement l'instrument relatif aux droits de l'homme qui a eu le plus d'influence à ce jour. Ses dispositions sur les discriminations ont eu une influence politique majeure, s'accompagnant d'une valeur théorique particulière. Si la Déclaration ne devait pas à l'origine être légalement contraignante, il est clair qu'aujourd'hui ses dispositions sur les discriminations ont atteint le statut de normes de jus cogens¹⁰. La disposition prohibant la discrimination à l'article 2 de la DUDH se lit comme suit:

“Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.”

Contrairement à la Charte des Nations unies, la liste des motifs discriminatoires de l'article 2 n'est pas limitative. Pourtant l'article est d'application limitée en ce que sa mise en œuvre et est accessoire à la jouissance des autres droits et libertés énoncés dans la Déclaration¹¹. Sa protection est néanmoins extensive, en ce que les droits et libertés couverts par la Déclaration visent l'ensemble de ce qui constitue aujourd'hui les droits de l'homme et les libertés fondamentales.

De nombreux autres articles de la Déclaration prévoient des protections supplémentaires contre les discriminations dans des situations particulières. L'article 23 prévoit que “tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal”. L'article 7 pose le principe de l'égalité devant la loi :

“Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination.”

La référence au principe de l'égalité devant la loi indique que les juridictions et les autres instances qui mettent en œuvre le droit ne peuvent faire de distinction. La référence à ce principe est notamment adressée au législateur afin d'interdire l'adoption de législation discriminatoire. L'exigence de l'égalité de traitement (qui ne veut pas forcément dire un traitement identique) s'étend, au-delà des droits figurant dans la déclaration, à tout ce qui touche au domaine public. Le principe selon lequel toute personne a droit à une protection non seulement contre toute discrimination mais aussi contre toute provocation à la discrimination est spécifique à la déclaration et n'apparaît dans aucun autre instrument relatif aux droits de l'homme.

2.2 Le Pacte international sur les droits civils et politiques

Le Pacte international des Nations unies sur les droits civils et politiques (PIDCP)¹² a été adopté en 1966 en vue de rendre juridiquement contraignants les droits civils et politiques garantis dans la DUDH. Le Pacte a été largement ratifié et les recommandations faites par le comité des droits de l'homme, établi pour surveiller la mise en œuvre de ses protocoles, a gagné une autorité considérable¹³. L'importance pratique du PIDCP et de son comité est, en outre, l'existence d'un mécanisme de plainte individuelle prévu par le protocole additionnel au PIDCP¹⁴. Plus d'une centaine d'États, dont les membres de l'Union européenne et la Suisse, ont reconnu la compétence du comité à recevoir et traiter des communications de personnes soumises à sa juridiction qui s'estiment victimes de violations par leur État des droits garantis dans le Pacte. Un individu ne peut soumettre une communication de ce type qu'après avoir épuisé toutes les voies de recours internes, ce qui souligne la valeur première reconnue au droit interne.

Le Pacte contient deux dispositions importantes relatives au principe de non-discrimination. La première se trouve à l'article 2 et fait obligation aux États de garantir les droits reconnus dans le Pacte à tous les individus sans discrimination :

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

L'obligation de “respecter” et de “garantir” implique à la fois une obligation négative et une obligation positive. Les États sont donc obligés de s'abstenir de limiter les droits garantis dans le Pacte et de prendre des mesures positives pour rendre ces droits effectifs. Les moyens pour y parvenir sont laissés à la liberté des États en accord avec leurs procédures constitutionnelles. L'obligation de garantir les droits implique également que l'État partie prenne des mesures effectives pour assurer que les droits en question soient protégés contre toutes les violations, y compris celles résultant d'actions d'individus ou de tout autre acteur privé. L'obligation faite à l'article 2 implique aussi que le degré de protection garanti ne varie pas d'un groupe à l'autre, et qu'il soit le même pour tous.

L'article 2 est un droit accessoire au sens où sa violation ne peut être invoquée que conjointement à une autre disposition du Pacte. Pourtant, il ne peut être appliqué conjointement à l'article 26 qui interdit la discrimination. Cela ne pose pas de problème, puisque l'article 26 n'est pas par nature accessoire et peut être appliqué de manière autonome. Un État partie agit en violation du Pacte s'il pratique de la discrimination envers quelqu'un qui jouit d'un droit prévu par le Pacte : le niveau de protection d'un droit spécifique doit être le même pour tous les individus sans distinction de race, de religion et/ou de sexe. Le

caractère accessoire de l'article 2 ne signifie pas que sa violation ne pourra être établie que si une autre disposition du Pacte est simultanément violée. Il est suffisant d'établir qu'une différenciation non objective et déraisonnable a été faite et mène à une différence de niveau de protection face à un droit spécifique garanti dans le Pacte.

Sont inclus parmi les bénéficiaires de l'article 2 tous les individus se trouvant sur le territoire d'un État et relevant de sa juridiction. Ainsi, le bénéfice de ce droit n'est pas réservé aux seuls nationaux de cet État, sous toutes réserves du fait que plusieurs droits garantis dans le Pacte sont en eux mêmes restrictifs dans un sens ou dans l'autre : ainsi le droit de vote est limité aux nationaux et peut également être limité en imposant un âge minimum pour voter. La liste des motifs n'est pas exhaustive, tel que le soulignent les expressions "tels que" ou "toute autre situation". Le comité des droits de l'homme a établi dans sa pratique que le mot "sexe" incluait l'orientation sexuelle¹⁵ et que la nationalité pouvait être assimilée à "toute autre situation" protégée par l'article 2¹⁶.

Il est difficile de savoir quels sont les motifs couverts par l'article 2 en dehors de ceux mentionnés explicitement dans le texte. D'après Thornberry, les motifs non mentionnés devraient être logiquement comparables matériellement à ceux inscrits dans la liste, comme les discriminations qui ne sont pas liées au mérite, à l'aptitude ou aux efforts de l'individu¹⁷. Pourtant, le Pacte ne dit pas "toute autre situation similaire", mais seulement "*toute autre situation*", ce qui a une portée plus large. Par conséquent et étant donné le but de cette disposition, qui est de garantir ces droits fondamentaux à "*tous les individus sans distinction aucune*", on peut en conclure comme Nowak que chaque distinction envisagée qui ne peut être objectivement justifiée est interdite¹⁸. Ces interdictions ne peuvent être déterminées qu'au cas par cas.

Bien que le Pacte emploie, en l'espèce, l'expression "sans distinction aucune", l'interprétation largement admise est que toute distinction arbitraire ou toute autre distinction injuste est interdite¹⁹. Comme le comité l'a observé : "*Toute différenciation ne constitue pas une discrimination, si elle est fondée sur des critères raisonnables et objectifs et si le but visé est légitime au regard du Pacte.*"²⁰ Les auteurs du Pacte ont apparemment choisi d'employer le terme "distinction" plutôt que "discrimination", pour souligner l'illégitimité des régimes de type "apartheid" fondés sur la distinction entre les "races". Les mesures ou obligations d'action préférentielle ou positive sont cependant permises et peuvent même être nécessaires pour corriger une discrimination de fait.

L'article 26 contient une interdiction autonome de la discrimination :

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

toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.”

Inspirée de l'article 7 de la DUDH, cette disposition est l'une des plus importantes du droit international en matière de discrimination. L'une des raisons en est que l'article 26 a une portée très large. Alors que l'article 2 limite l'étendue des droits protégés contre la discrimination à ceux prévus par le Pacte, l'article 26 n'est pas sujet à ces contraintes²¹. L'étendue de l'article est délimitée par les concepts “*d'égalité devant la loi*” et “*d'égal protection devant la loi*”. Cette formulation à double facette prévoit que l'obligation d'égalité de traitement est liée à la fois à la législation (“*égale protection devant la loi*”) et à l'application de la loi (“*égalité devant la loi*”). Ainsi, quand une loi est adoptée par un État partie, elle doit se conformer aux exigences de l'article 26 et son contenu ne doit pas être discriminatoire. D'autre part, quand la loi est appliquée par les tribunaux ou les administrations, elle doit être appliquée de manière non-discriminatoire²². L'étendue de l'article 26 est donc considérable. Il couvre tous les domaines du droit.

L'article 26 prévoit également que la protection contre la discrimination s'étende aux particuliers ou aux organismes privés. L'étendue de la protection est à cet égard limitée par le droit à la vie privée. En revanche, toutes les personnes doivent être protégées contre les discriminations dans les secteurs comme l'emploi, l'éducation, l'accès aux biens et aux services, les loisirs, etc.²³

L'article 26 contient, en outre, une obligation positive des États de prendre les mesures nécessaires pour protéger toutes les personnes contre les discriminations. Le deuxième alinéa prévoit que la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination dans les domaines couverts par l'alinéa premier, c'est-à-dire toutes les matières traitées par la loi. L'application de la règle de non-discrimination contenue dans l'article 26 n'est pas limitée aux droits civils et politiques couverts par le Pacte. Elle est aussi (tout comme l'a établi le comité des droits de l'homme dans sa pratique) applicable aux droits économiques et sociaux²⁴.

La liste des critères prohibés est la même dans l'article 26 et l'article 2 : la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, la politique, ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation sont explicitement mentionnés comme des critères de discrimination interdits.

La liste n'est pas exhaustive comme l'indique l'expression “*toute autre situation*”. Tel qu'indiqué plus haut, le comité des droits de l'homme a établi que le “*sexe*”²⁵ couvrait l'orientation sexuelle et que la catégorie “*toute autre situation*”²⁶ couvrait la nationalité. Bien que toutes les formes d'inégalité de traitements ne soient pas interdites à l'égard des non-nationaux, ces derniers ont droit à une égale protection de la loi et à l'égalité devant

la loi²⁷. Il n'est pas évident de déterminer l'étendue des autres critères. Scheinin et Krause ont pu observer que de nombreux domaines explicitement mentionnés relèvent de caractéristiques données ou de facteurs autres, indépendants du libre choix de la personne concernée, ce qui pour eux pourrait être pertinent quant à l'interprétation qui peut être faite de "toute autre situation"²⁸. La première phrase de l'article 26 ("*toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi*") peut être invoquée sans qu'il soit fait référence à un critère précis de discrimination, ce qui fut le cas dans l'affaire *Kavanagh c. Irlande*²⁹. Toute différenciation basée sur des motifs qui ne sont pas explicitement mentionnés (tels que l'âge et le handicap) doit probablement être examinée, mesurée de façon moins stricte (ce type de différenciation est plus volontiers accepté comme étant légitime) que toute différenciation basée sur des motifs mentionnés explicitement, même s'ils sont interprétés comme appartenant à la catégorie "toute autre situation"³⁰.

Contrairement à l'article 2, l'article 26 emploie le concept de "discrimination". Alors que le Pacte ne contient pas de définition, le comité en a donné une dans son observation générale n° 18 :

"Le comité considère que le terme discrimination, tel qu'il est utilisé dans le Pacte, doit être compris comme s'entendant de toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, et ayant pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par tous, dans des conditions d'égalité, l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales."³¹

Le concept de discrimination est bien plus large et couvre aussi bien les actions intentionnelles que non intentionnelles qui ont des effets discriminatoires. L'article 26 interdit "*toute discrimination*" et la définition donnée précédemment se réfère aux effets qui découlent de toute distinction, restriction ou préférence. Dans l'affaire *Bhinder c. Canada*³², le comité a noté que la question du port du casque protecteur demandé par une compagnie de chemin de fer pouvait possiblement constituer une discrimination *de facto* contre les personnes de religion Sikh qui doivent porter un turban. L'article 26 peut donc être présumé couvrir la discrimination indirecte³³. Il est possible, comme l'a indiqué Frostell à propos de la discrimination liée au sexe, que le comité révèle une violation de l'article 26 dans les cas où l'application d'un critère apparemment neutre conduirait à une situation dans laquelle tous ou presque tous les membres d'un groupe (comme les étrangers, les femmes ou les handicapés) seraient désavantagés³⁴.

La jouissance des droits et libertés dans des conditions d'égalité n'implique pas un traitement identique dans tous les cas³⁵. Par exemple, il est généralement considéré comme légitime de limiter le droit de vote pour les élections législatives aux nationaux de l'État

qui ont l'âge requis. Mais, il ne serait certainement pas considéré comme légitime de faire une différence entre homme et femme à cet égard³⁶. Pour déterminer si les faits d'un dossier révèlent une violation du principe de non-discrimination, le comité des droits de l'homme examine si les critères utilisés pour fonder la différenciation sont raisonnables et objectifs et si le but visé est légitime au regard du Pacte. Cette approche signifie en pratique que les exceptions au principe "toute personne doit être traitée de la même façon" doivent être justifiées.

L'interdiction de la discrimination n'écarte pas la possibilité de prendre des mesures d'"action positive". Bien au contraire, il est demandé aux États d'adopter des mesures positives, visant à diminuer ou éliminer les conditions qui font naître ou contribuent à perpétuer la discrimination interdite par le Pacte. C'est ce que souligne le comité dans l'observation n° 18 :

"Par exemple, dans les États où la situation générale de certains groupes de population empêche ou compromet leur jouissance des droits de l'homme, l'État doit prendre des mesures spéciales pour corriger cette situation. Ces mesures peuvent consister à accorder temporairement un traitement préférentiel dans des domaines spécifiques aux groupes en question par rapport au reste de la population. Cependant, tant que ces mesures sont nécessaires pour remédier à une discrimination de fait, il s'agit d'une différenciation légitime."³⁷

Toute victime de discrimination doit disposer d'un recours effectif soumis à l'autorité judiciaire ou à toute autre autorité compétente. L'État doit en outre s'assurer que les autorités compétentes mettent en œuvre de tels recours³⁸. Le rôle fondamental de l'interdiction de la discrimination est souligné par l'article 4 qui prévoit qu'en aucune circonstance, même de danger public, il n'est permis aux États de prendre des mesures "*qui entraînent une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale*"³⁹.

D'autres articles du Pacte sont particulièrement importants par rapport au présent sujet. Dans l'article 3, les États parties s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir des droits civils et politiques énoncés dans le Pacte. Bien que l'article 3 soit accessoire, tout comme l'article 2, l'accent mis sur le concept d'égalité est interprété comme impliquant des obligations positives de la part des États. En effet, dans son observation générale sur l'article 3, le comité note que la disposition exige "une action constructive visant à assurer la jouissance positive des droits, ce qui ne peut être réalisé par la simple adoption de lois"⁴⁰. Il est cependant douteux que dans un cas particulier de discrimination sexuelle, l'article 3 assure une meilleure protection que ce qui est déjà prévu dans les articles 2 et 26⁴¹.

En ce qui concerne l'égalité substantielle, les articles 14.1 (sur l'égalité devant les tribunaux et cours de justice), 18 (sur la liberté de penser, de conscience et de religion), 19 (sur le droit d'avoir ses opinions), 20.2 (sur l'interdiction de toute préférence nationale, raciale, religieuse), 24 (sur le droit des enfants d'être protégés) et 27 (sur le droit des minorités) sont particulièrement pertinents pour la protection des groupes vulnérables.

2.3 Le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels

Il est particulièrement intéressant de discuter des relations qui existent entre les questions de non-discrimination et les droits économiques et sociaux, notamment parce que c'est dans cette sphère que la discrimination verticale entre individu et autorités se produit, particulièrement à l'encontre des personnes avec un handicap, des personnes âgées, des non-nationaux et des femmes⁴². Souvent, une distinction est faite entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels parce que seuls les premiers seraient des droits justiciables, c'est-à-dire susceptibles d'être invoqués devant les autorités judiciaires. Quoique les droits économiques, sociaux et culturels (DESC) soient souvent formulés comme des droits qui visent une réalisation progressive tout en reconnaissant les contraintes découlant du caractère limité des ressources disponibles des États, les dispositions relatives aux DESC imposent aussi diverses obligations ayant un effet immédiat. La "justiciabilité" de certains DESC est de plus en plus reconnue, le meilleur exemple en est le droit de jouir des DESC sans aucune discrimination⁴³. Une telle disposition peut être trouvée dans un imposant instrument international, le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), adopté en 1966. L'article 2.2 du Pacte dispose :

"Les États parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation."

Le caractère absolu de la formulation de cette disposition, axée sur la pratique, est suggéré par les notions "*s'engagent à garantir*" et "*seront exercées*", formulations qui imposent aux États parties des obligations ayant un effet immédiat. Si un État n'a pas pris toutes les mesures nécessaires pour assurer la jouissance effective des DESC sans discrimination, il le fait en violation du Pacte. Le comité sur les DESC a noté que les entités non publiques – telles que les employeurs et les entreprises qui délivrent des biens et des services – devaient être soumises aux principes de la non-discrimination et de l'égalité, surtout depuis l'augmentation des privatisations des services publics⁴⁴.

La liste des critères de discrimination interdits est la même que celle des articles 2 et 26 du PIDCIP. Cette liste n'est pas exhaustive, ce qui veut dire que d'autres motifs peuvent être inclus dans la catégorie *"toute autre situation"*. À cet égard, on peut faire référence à tout ce qui a été dit précédemment à propos de ces deux articles. Dans ses observations générales, le comité sur les DESC a traité de la discrimination fondée sur le handicap et sur l'âge. Concernant le handicap, le comité a pris la position suivante : l'article 2.2 *"s'applique de toute évidence"* à la discrimination fondée sur le handicap⁴⁵. Concernant l'âge, le comité a observé qu'il y avait une tendance internationale à interdire la discrimination fondée sur l'âge et a noté que *"s'il n'est pas encore possible de dire que la discrimination basée sur l'âge est complètement interdite par le Pacte, les cas où une telle discrimination peut être acceptée sont limités"*. Étant donné que ce dernier commentaire date déjà de 1995, on peut penser que les circonstances dans lesquelles la discrimination fondée sur l'âge est acceptée sont encore plus limitées.

Concernant la discrimination fondée sur la nationalité, on doit prendre en compte l'article 3, qui prévoit que *"les pays en voie de développement, compte dûment tenu des droits de l'homme et de leur économie nationale, peuvent déterminer dans quelle mesure ils garantiront les droits économiques reconnus dans le présent Pacte à des non-ressortissants"*. L'applicabilité de cette disposition est limitée à trois égards : la disposition s'applique uniquement aux États en voie de développement dont l'économie nationale n'est pas en mesure de supporter de façon adéquate la réalisation, l'exécution de ces droits ; elle s'applique seulement aux droits économiques et non aux droits sociaux et culturels, et c'est sous réserve des droits garantis par les autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, notamment les possibilités de justifier la distinction fondée sur la nationalité.

Contrairement à l'article 2.2 du PIDCP, l'article 2.2 du PIDESC emploie explicitement le terme de *"discrimination"*. Le critère utilisé pour légitimer une différenciation doit être raisonnable et objectif et la différenciation doit tendre vers un but qui est légitime au regard du Pacte. Une action positive ou préférentielle n'est pas interdite par l'article et est demandée dans certaines circonstances. Le comité a noté que concernant les personnes souffrant d'un handicap :

"L'obligation qui est faite aux États est d'adopter des mesures positives pour réduire les désavantages structurels et de prendre des mesures appropriées à l'égard des personnes souffrant d'un handicap en vue d'accomplir les objectifs d'une participation pleine et égale des personnes handicapées dans la société⁴⁶. De telles actions ne doivent pas être considérées comme discriminatoires au sens de l'article 2.2 tant qu'elles sont fondées sur le principe d'égalité et utilisées uniquement dans le but d'accomplir l'objectif."⁴⁷

Le Pacte en lui-même ne contient pas de définition de la “*discrimination*”. Le comité n’en a pas non plus donné une définition générale. Il a néanmoins défini la discrimination basée sur le handicap comme suit :

“La discrimination ‘fondée sur le handicap’ doit être comprise comme s’entendant de toute distinction, exclusion, restriction, préférence ou négation d’un compromis raisonnable basé sur le handicap ayant pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l’exercice des droits économiques, sociaux et culturels.”⁴⁸

On peut observer que la définition donnée par le comité a été influencée favorablement par la définition utilisée par le comité des droits de l’homme, ce qui contribue à la cohérence du droit international des droits de l’homme⁴⁹. Il est admis que pour tous les objets pratiques, la définition de la discrimination adoptée par le comité des droits de l’homme s’applique mutatis mutandis à l’article 2 du PIDESC. Cependant, sachant que l’article 2 du PIDESC n’est pas autonome mais accessoire aux autres droits énoncés dans le Pacte, il peut arriver des situations où la discrimination dans les domaines social, économique et culturel ne constitue pas une discrimination d’un droit énoncé dans le Pacte. Paradoxalement, une telle discrimination pourrait être interdite au regard de l’article 26 du Pacte sur les droits civils et politiques, mais ne le serait pas au regard du Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels⁵⁰.

En plus de la garantie générale contre la discrimination abordée plus haut, le Pacte souligne spécifiquement dans l’article 3 la nécessité de prendre des mesures positives pour permettre une jouissance égale des DESC par les hommes et les femmes :

“Les États parties au présent pacte s’engagent à assurer le droit égal qu’ont l’homme et la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels qui sont énumérés dans le présent Pacte.”

2.4 La Convention sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale

La Convention sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée en 1965⁵¹, est l’instrument international le plus important relatif à la discrimination raciale. L’importance de la Convention est accentuée par sa très large ratification⁵² et son système de plainte individuelle. En septembre 2002, quarante et un États parties, dont l’Autriche, la Finlande, la France et la Suède ont reconnu la compétence du comité sur l’élimination de la discrimination raciale pour examiner les plaintes (appelées communications dans le texte) déposées contre eux. Les communications émanent de personnes ou de groupes de personnes qui estiment que leurs droits ont été violés par un État partie

dans le ressort duquel elles se trouvent, après avoir épuisé les voies de recours internes. Le nombre de communications faites depuis 1982, date à laquelle le système des plaintes est devenu opérationnel, est demeuré plus que modeste. Au 5 décembre 2002, seulement vingt-sept plaintes avaient été soumises : cinq ont mis en évidence une violation de la Convention ; huit n'ont pas permis de mettre en évidence une telle violation, neuf ont été considérées comme irrecevables et cinq sont toujours en examen⁵³. La jurisprudence du comité a pourtant permis de montrer l'importance de son rôle.

Dans la Convention, l'article 1.1 définit l'expression "discrimination raciale" comme:

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

L'article 1.1 énonce ce qui est devenu la définition standard générale de la discrimination en droit international des droits de l'homme. Les actes de discrimination doivent prendre la forme d'une distinction, exclusion, restriction ou préférence. Si la préférence fondée sur la "race" est mentionnée comme constituant une discrimination, elle peut être admise à condition qu'elle constitue une mesure spéciale, comme l'envisagent les articles 1.4 et 2.2 de la Convention.

La liste des critères de discrimination visés est exhaustive, seules la race, la couleur, l'ascendance et l'origine nationale ou ethnique sont mentionnées. Néanmoins, la Convention ne définit pas ces notions. La notion de "l'ascendance" n'apparaît dans aucun instrument international comparable. Le comité a clairement déclaré que le terme "ascendance" utilisé à l'article 1 de la Convention ne se référerait pas uniquement à la "race", mais que cette notion fut apparemment prise en compte pour couvrir aussi les arrangements liés à la notion de "caste". La nationalité peut être interprétée comme faisant référence à la fois à l'appartenance politico-judiciaire à un État et à l'appartenance historico-biologique à une nation. "L'origine nationale" renvoie au passé, tandis que la nationalité renvoie à un statut présent. "L'origine ethnique" fait référence à l'origine culturelle, linguistique et/ou religieuse d'une personne ou d'un groupe de personnes. La Convention ne traite pas explicitement des groupes religieux, la discrimination "purement" religieuse est traitée par d'autres instruments internationaux⁵⁴. La religion est souvent considérée comme étant un des éléments centraux de l'identité d'un groupe ethnique et un groupe religieux qui est identifiable autrement que par ses liens religieux peut être protégé par le Pacte en tant que "groupe ethnique". L'antisémitisme semble être couvert par l'article 1.1, tout comme la discrimination pratiquée à l'égard des groupes musulmans.

Il en est de même des minorités linguistiques : s'il y a des aspects culturels importants autres que la langue dans les liens constituant le groupe, il peut être protégé en tant que groupe ethnique. Plus tard, le comité a également fait des observations relatives aux discriminations fondées sur l'origine et le sexe. Dans sa recommandation sur la discrimination raciale entre homme et femme, le comité a noté que la discrimination raciale ne touche pas les hommes et les femmes de manière égale ou ni de la même manière. Il existe des circonstances dans lesquelles les femmes sont les seules ou les premières à être touchées, ou dans lesquelles les femmes sont touchées d'une manière différente et à un degré différent que les hommes⁵⁵. Le fait que la discrimination raciale puisse avoir une dimension liée au sexe ou à l'âge, ne doit pas empêcher le comité de s'intéresser à de telle discrimination.

Il n'appartient pas aux États de déterminer quels sont les individus qui peuvent être identifiés comme appartenant à un groupe ethnique ou racial : cette identification doit, sauf justification contraire, être fondée sur la manière dont l'individu concerné s'identifie lui-même⁵⁶. Il n'est pas non plus du ressort des États de déterminer quels sont les groupes pouvant être identifiés comme des groupes raciaux ou ethniques : ils doivent être déterminés à travers des critères objectifs. Parallèlement, le comité a observé que la reconnaissance de certains groupes comme étant des groupes raciaux ou ethniques et le refus d'en reconnaître d'autres, peut constituer des violations de la convention⁵⁷.

Les second et troisième paragraphes de l'article 1 indiquent que la Convention ne s'applique pas aux distinctions entre les ressortissants et les non-ressortissants et aux lois relatives à la nationalité, la citoyenneté ou la naturalisation, tant que ces dispositions ne sont pas discriminatoires à l'égard d'une nationalité particulière (paragraphe 3 de l'article 1)⁵⁸.

M. D., citoyen du Sénégal, résidait à Monaco et était avocat de profession. Il lui a été refusé l'accès au Barreau de Nice, la loi française prévoyant que l'accès à cette profession est réservé aux Français. Le comité a conclu qu'à partir du moment où le refus d'admettre M. D. au barreau n'était fondé sur aucun des motifs énumérés à l'article 1 paragraphe 1, mais sur le fait qu'il n'avait pas la nationalité française, ce refus ne constituait pas une violation de la Convention. Pourtant, dans certains cas, une distinction fondée sur la nationalité peut être un prétexte à une discrimination raciale tombant sous le coup de l'article 1, c'est ce qui ressort clairement des considérations du comité dans l'affaire *Ziad Ben Ahmed Habassi c. Danemark*⁵⁹ :

“Dans le cas présent, l'auteur s'était vu refuser un prêt au seul motif qu'il n'avait pas la nationalité danoise. Ce critère de nationalité est motivé par le besoin de la banque de pouvoir s'assurer qu'il pourra rembourser le prêt. L'opinion émise par le comité est celle qui consiste à dire que le critère de nationalité n'est pas le meilleur indicateur pour savoir si une personne pourra rembourser un prêt. Dans ce contexte, trouver des éléments sur la situation du demandeur, s'il est résident permanent, sur son travail,

sa famille, sa propriété est plus pertinent. Un citoyen peut se déplacer, avoir tous ses biens dans un autre pays, et ainsi échapper à toutes les demandes de remboursement de la dette. Le comité considère, sur le fondement de l'article 2, paragraphe d, de la Convention, qu'il est nécessaire de rechercher quelles sont les raisons réelles qui motivent la politique de prêt de la banque vis-à-vis des étrangers résidents sur le territoire danois pour s'assurer qu'aucun critère impliquant une discrimination raciale, au sens de l'article 1 de la Convention, n'est utilisé."⁶⁰

Pour déterminer s'il existe ou non une discrimination, le comité utilise la notion de "légitimation" : un traitement différencié constitue une discrimination si les critères de différenciation ne sont pas légitimes au regard des buts et objectifs de la Convention⁶¹. L'article 1.4 met en évidence la légitimité et les limites de ce type de mesures :

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

Quoiqu'au sens littéral, l'article 1.4 semble exclure les droits des minorités, c'est-à-dire les droits liés à la préservation et au développement de leur identité (culture, langage et religion), au motif que de tels droits sont par nature non ponctuels, la pratique des États et du comité pointent vers une autre direction⁶². Ce dernier a jugé que les droits des minorités et les mesures qui s'y attachent devaient être en accord avec la Convention. Les termes "mesures spéciales" ont été interprétés comme faisant référence aux mesures de type action positive, c'est-à-dire qui établissent des préférences à l'égard de membres de groupes désavantagés dans le but d'atteindre une égalité de fait dans des domaines tels que l'accès à l'éducation et à l'emploi.

Le concept de discrimination dans la Convention est large en ce qu'il n'est pas uniquement centré sur la discrimination directe comme l'indique la référence aux termes "à pour effet" à son article 1.1. Le comité interprète la Convention comme interdisant la discrimination indirecte, définie comme une mesure qui (dans le non respect de ses objectifs) a une conséquence distincte abusive sur un groupe différent par la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique. Dans sa recommandation générale n° 14, le comité reconnaît que :

"Certaines mesures peuvent avoir plusieurs objectifs. Pour savoir si une mesure a un effet contraire à la Convention, il se demandera si elle a une conséquence distincte

abusive sur un groupe différent par la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique.”

Le comité a utilisé ce type d'approche dans l'affaire B. M. S contre Australie⁶³, qui portait sur la légitimité d'un système de quota (restriction effective) établi pour les médecins diplômés à l'étranger. Si la distinction n'était fondée sur aucun des motifs mentionnés à l'article 1, mais sur le lieu où les médecins avaient reçu leur formation, le comité a recherché s'il était possible *“d'en conclure que le système fonctionne au détriment de personnes d'origine nationale ou raciale particulière”* :

“La principale question qui se pose au comité est celle de savoir si les systèmes d'examen et de quota appliqués aux médecins formés à l'étranger sont compatibles avec le respect du droit de l'auteur au travail et au libre choix de son travail. Le comité note à cet égard que les médecins formés sont tous soumis au même système de quota et tenus de passer les mêmes examens – épreuve écrite et épreuve clinique – indépendamment de leur race ou de leur origine nationale. En outre, les renseignements communiqués par l'auteur ne permettent pas de conclure que le système désavantage des personnes d'une race ou d'une origine nationale particulière. Même si le système favorise les médecins formés dans les écoles de médecine australiennes et néo-zélandaises, il ne s'agit pas nécessairement d'une discrimination sur la base de la race ou de l'origine nationale parce que, selon les informations fournies, les étudiants en médecine en Australie n'ont pas tous la même origine nationale.”⁶⁴

Cette décision semble indiquer que ces situations de discrimination indirecte ne pourraient être considérées comme telles que dans le cas où une conséquence distincte porte atteinte à l'exercice d'un droit par un certain groupe “racial” ou ethnique.

Dans l'article 2, les États s'engagent à poursuivre par tous les moyens appropriés, et sans délai, une politique tendant à éliminer de toutes les formes de discrimination raciale, et à promouvoir l'entente entre toutes les races. L'article 2.1, paragraphe d, emploie un langage non-équivoque et se réfère à la vie privée : les États doivent par tous les moyens appropriés, y compris, si les circonstances l'exigent, par des mesures législatives, interdire la discrimination raciale pratiquée par des personnes, des groupes ou des organisations. On attend aussi des États qu'ils mettent leurs lois en conformité avec les dispositions de la Convention. La ségrégation raciale et l'apartheid sont condamnés dans l'article 3. L'article 4 fixe les limites de la liberté d'expression en demandant aux États parties qu'ils *“condamnent toute propagande et toutes organisations qui s'inspirent d'idées ou de théories fondées sur la supériorité des races ou d'un groupe de personnes d'une certaine couleur ou d'une certaine origine ethnique”* ou qui tentent de justifier ou d'encourager toutes formes de haine ou de discrimination raciales. Selon l'affaire L. K. c. Les Pays-Bas, toutes les menaces et remarques en ce sens constituent une incitation à la discrimination raciale et à des actes de violence contraires à l'article 4-a⁶⁵.

L'article 5 énonce le droit de chacun à l'égalité devant la loi, sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique, notamment dans la jouissance des droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels. En faisant référence à ces droits, l'article 5 ne crée pas de nouveaux droits, mais permet une plus grande reconnaissance de ces droits exposés dans la DUDH et dans les deux Pactes des Nations unies de 1966. À cet égard, le comité a observé que *"n'est pas inclut dans le mandat du comité de veiller à ce que ces droits soient établis ; en revanche cela fait partie de sa tâche de contrôler l'application de ces droits lorsqu'ils ont été accordés en termes d'égalité"*⁶⁶.

L'article 6 demande aux États de prévoir une voie de recours effective devant les tribunaux nationaux en cas de discrimination raciale. Le comité a traité un nombre considérable de communications relatives aux dispositions de l'article 6 et à la nature des obligations faites aux États.

Dans l'affaire *L. K. c. Les Pays-Bas*⁶⁷, le comité, après avoir constaté que les remarques faites et les menaces proférées constituaient une incitation à la discrimination raciale, en violation des dispositions de l'article 4-a, et trouvé que l'enquête menée par les services de police et les autorités judiciaires était incomplète, a donné son opinion sur la nature des obligations étatiques :

"Le comité n'accepte pas l'affirmation selon laquelle l'adoption d'une législation qualifiant la discrimination raciale d'acte délictueux signifie en elle-même que l'État partie s'est pleinement acquitté de ses obligations en vertu de la Convention. Le comité réitère la position qu'il a adoptée en formulant son opinion sur la communication n° 1/1984 du 10 août (Yilmaz-Dogan c. Pays-Bas), selon laquelle 'la liberté d'engager des poursuites en cas d'infraction pénale – que l'on désigne couramment par l'expression principe d'opportunité – est régie par des considérations d'ordre public et relève que la Convention ne saurait être interprétée comme défiant la raison d'être de ce principe. Néanmoins, ce principe doit être appliqué, dans tous les cas présumés de discrimination raciale, à la lumière des garanties énoncées dans la Convention.' Lorsque des menaces de violence sont proférées, en particulier en public et par un groupe de personnes, l'État partie a le devoir d'enquêter rapidement et diligemment. Dans le cas à l'étude, l'État partie a manqué à ce devoir. Le comité constate que, considérant le peu de cas fait des incidents, les enquêtes de police et de justice n'ont pas, en l'espèce, permis au requérant de disposer d'une protection et de voies de recours effectives, au sens de l'article 6 de la Convention."⁶⁸

Dans l'affaire *Ziad Ben Ahmed Habassi c. Danemark*⁶⁹ citée plus haut, le comité note que les moyens mis en œuvre par les autorités enquêtrices (dans ce cas, la police et le procureur général) pour déterminer si un acte de discrimination raciale avait été commis ont été insuffisants. Les autorités avaient accepté les explications fournies par un représen-

tant de la banque concernant l'acte de discrimination. Dans ces conditions, le comité a estimé que l'auteur avait été privé d'une voie de recours effective, au sens de l'article 6 de la Convention, compte tenu du paragraphe d de l'article 2.

Dans d'autres affaires, le comité a mis l'accent sur l'obligation faite aux États d'assurer que des enquêtes de police promptes et efficaces concernent les plaintes⁷⁰, d'enquêter sur toutes allégations de discrimination raciale⁷¹, d'assurer l'impartialité des procès et des jurys⁷², de simplifier les procédures applicables aux plaintes de discrimination raciale, en particulier celles qui instituent une multiplicité de voies de recours, et d'éviter tout retard dans l'examen de ces plaintes⁷³. Dans l'affaire D. S. c. Suède⁷⁴, le comité rappelle que de simples doutes quant à l'efficacité de tels recours ne sauraient dispenser la victime de rechercher à s'en prévaloir⁷⁵.

2.5 La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes

La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDF) a été adoptée par l'Assemblée générale en 1979. Ce fut le premier instrument international légalement contraignant uniquement consacré aux droits des femmes. Les faits qu'elle ait été largement ratifiée⁷⁶ et qu'elle ait une portée très étendue témoignent de son importance, même si l'on doit garder en mémoire qu'un grand nombre de réserves à la Convention ont été faites.

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

L'article 1 donne une définition étendue de la discrimination qui s'applique à toutes les dispositions de la Convention. Étant donnée l'interprétation de la disposition relative à la discrimination dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la CEDF devrait être interprétée de façon à inclure le plus clairement possible les formes de discrimination indirecte⁷⁷.

Le libellé de la disposition reprend largement la définition contenue dans la CEDR. La principale différence est l'absence des termes “ou préférence” après les termes “*toute distinction, exclusion ou restriction*”. Certains ont soumis l'idée que cette différence de formulation du concept de discrimination permettait, par exemple, aux employeurs de choisir, toutes autres choses étant égales, un homme plutôt qu'une femme pour un emploi⁷⁸.

Les termes *“quel que soit leur état matrimonial”* indiquent que l'élimination de la discrimination basée sur l'état matrimonial est un objectif supplémentaire et distinct de l'élimination de la discrimination à raison du sexe⁷⁹.

L'article 4 de la Convention reconnaît que l'adoption par les États de mesures spéciales ayant pour buts d'accélérer l'égalité de fait entre les hommes et les femmes ou de protéger la maternité n'est pas un acte discriminatoire. Il est d'ailleurs admis que même lorsque les femmes bénéficient de l'égalité devant la loi (égalité de principe), ce qui est amplifié par l'approche de l'article 1, il n'est pas automatiquement garanti qu'elles seront traitées de façon égale en réalité (égalité de fait). Ainsi, la discrimination positive est nécessaire pour remédier à la discrimination existante. Bien que le comité ait noté que des progrès significatifs avaient été faits, il a également noté que beaucoup reste à faire pour atteindre l'égalité de fait. Dans sa recommandation générale n° 5⁸⁰, il recommande aux *“États parties de recourir davantage à des mesures temporaires spéciales telles qu'une action positive, un traitement préférentiel ou un contingentement pour favoriser l'intégration des femmes à l'éducation, à l'économie, à l'activité politique et à l'emploi”*.

Le caractère approprié de toutes mesures spéciales devrait être évalué en fonction de l'existence actuelle de pratiques discriminatoires.

Ces mesures spéciales, dont le but est d'atteindre l'égalité de fait, doivent avoir un caractère temporaire et ne doivent pas avoir pour conséquence de maintenir des normes inégales et distinctes entre hommes et femmes. Ces mesures doivent être abandonnées quand les objectifs relatifs à l'égalité des chances et à l'égalité de traitement ont été atteints. En revanche, les mesures spéciales qui ont pour but de protéger la maternité ne doivent pas être limitées dans le temps : de telles mesures ne sont pas considérées comme constituant une discrimination⁸¹.

La définition de l'article 1.1 est mise à contribution dans les autres dispositions importantes de la Convention. Dans l'article 2, les États parties s'engagent à adopter des mesures législatives et d'autres mesures appropriées assorties interdisant toute discrimination à l'égard des femmes, et à garantir, par le truchement des tribunaux nationaux compétents et d'autres institutions publiques, la protection effective des femmes contre tout acte discriminatoire. La discrimination n'est pas interdite uniquement au regard de droits et libertés explicitement énoncés dans la convention, mais au regard de tous les droits et libertés fondamentales, en conformité avec la définition de l'article 1.

Les États parties à la convention doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour éliminer la discrimination dans la sphère publique et dans la sphère privée. Dans l'article 2-e, les États s'engagent à prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination pratiquée à l'égard des femmes par une personne, une organisation ou une entreprise quelconque. Il n'est donc pas suffisant de s'efforcer de mettre en application

une égalité sexuelle verticale, des femmes vis-à-vis des autorités publiques, mais les États doivent également travailler à garantir l'égalité sexuelle horizontalement, y compris dans les domaines mixtes tels que l'emploi, la délivrance des services et même la famille. Comme l'a noté le comité sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, *“en vertu du droit international en général et des pactes relatifs aux droits de l'homme, les États peuvent être également responsables d'actes privés s'ils n'agissent pas avec la diligence voulue pour prévenir la violation de droits ou pour enquêter sur des actes de violence, les punir et les réparer.”*⁸²

Dans sa recommandation générale n° 19⁸³, le comité observe que la *“définition de la discrimination raciale inclut la violence fondée sur le sexe, c'est-à-dire la violence exercée contre une femme parce qu'elle est une femme ou qui touche spécialement une femme”*. Un État agit en violation de ses obligations s'il n'a pas pris les mesures appropriées pour garantir la protection effective des femmes contre les violences familiales.

La convention va au-delà de la sphère publique habituelle dans l'article 2-f, qui dispose que les États s'engagent à *“prendre toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour modifier ou abroger toute loi, disposition réglementaire, coutume ou pratique qui constitue une discrimination à l'égard des femmes”*.

D'autres dispositions de la Convention, toutes aussi importantes, ne seront pas explorées en détail. Elles traitent du plein développement et du progrès des femmes (article 3), de l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières fondés sur des stéréotypes de genre (article 5), du trafic des femmes et de l'exploitation de la prostitution des femmes (article 6), de la vie politique et publique (article 7 et 8), de l'égalité des droits dans le domaine de l'éducation (article 10), de l'élimination de la discrimination dans le domaine de l'emploi, des soins de santé et dans le domaine de la vie économique et sociale (article 11, 12 et 13), de l'égalité devant la loi (article 15) et de l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les matières relatives au mariage et aux relations familiales (article 16).

2.6 La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

La Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, dresse un catalogue de l'ensemble des droits et libertés civils et politiques, appuyé par un système contraignant efficace. Une personne se prétendant victime d'une violation de la Convention doit déposer directement devant la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg une requête alléguant la violation par un État d'un droit garanti par la Convention⁸⁴. Plus de 10 000 requêtes sont enregistrées par la Cour chaque année.

La Convention contient une disposition de base relative au principe de non-discrimination dans son article 14:

“La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l’origine nationale ou sociale, l’appartenance à une minorité nationale, la fortune la naissance ou toute autre situation.” Comme la formulation de l’article 14 l’indique, l’interdiction de la discrimination n’a pas d’existence indépendante, elle est limitée à la jouissance des droits ou des libertés reconnus dans la Convention, ce terme incluant les protocoles additionnels.⁸⁵

L’article 14 est donc une disposition complémentaire aux autres dispositions. Il ne peut être appliqué que lorsque les faits invoqués entrent dans le champ d’application d’une ou plusieurs dispositions de la Convention, comme la Cour l’a exposé dans l’affaire Abdulaziz en 1985⁸⁶. L’article 14 a cependant sa propre signification, puisqu’il n’est pas nécessaire de démontrer qu’il y a eu une violation d’une autre disposition. Il est suffisant de démontrer qu’une autre disposition a été appliquée de manière discriminatoire, même dans des situations où la législation nationale qui met en œuvre le droit, va au-delà des obligations expressément énoncées par la Convention. Ceci fut amplifié dans la décision de la cour dans l’affaire Éducation linguistique Belge :

“Si cette garantie n’a pas, il est vrai, d’existence indépendante en ce sens qu’elle vise uniquement, aux termes de l’article 14, les ‘droits et libertés reconnus dans la Convention’, une mesure conforme en elle-même aux exigences de l’article consacrant le droit ou la liberté en question peut cependant enfreindre cet article, combiné avec l’article 14, pour le motif qu’elle revêt un caractère discriminatoire.”

“Ainsi, les personnes soumises à la juridiction d’un État contractant ne peuvent puiser dans l’article 2 du protocole n° 1 le droit d’obtenir des pouvoirs publics la création de tel ou tel établissement d’enseignement ; néanmoins, l’État qui aurait créé pareil établissement ne pourrait, en en réglementant l’accès, prendre des mesures discriminatoires au sens de l’article 14.”⁸⁷

Le caractère “*semi-indépendant*” de l’article 14 explique la raison pour laquelle il est devenu de plus en plus fréquent de prétendre qu’il existe, en plus d’une violation d’un autre article normatif, une violation de l’article 14 combinée à ce même autre article : même s’il est établi que l’autre article n’a pas été violé en lui-même, son application peut avoir été discriminatoire et ainsi constituer une violation de la Convention. Presque invariablement, la Cour examine en premier lieu s’il y a eu violation de la disposition normative⁸⁸. Si la violation est établie, la Cour n’examine pas toujours séparément l’allégation d’une violation de l’article 14. Dans l’affaire Dudgeon, elle a ainsi statué :

“Quand la Cour constate une violation séparée d’une clause normative de la Convention, invoquée devant elle à la fois comme telle et conjointement avec l’article 14, elle n’a en général pas besoin d’examiner aussi l’affaire sous l’angle de celui-ci, mais il en va autrement si une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en cause constitue un aspect fondamental du litige [arrêt Airey du 9 octobre 1979, série A n° 32, p. 16, para 30]”.⁸⁹

La Cour n’a pas suivi la même approche, s’agissant des affaires *Marckx c. Belgique*⁹⁰ et *Burgharz c. Suisse*⁹¹. Dans le cas *Marckx*, la Cour a, à la fois, établi une violation séparée de l’article 8, puis elle a recherché si la violation de l’article 8 s’était produite conjointement avec l’article 14. Dans l’affaire *Burgartz*, la Cour a choisi d’examiner en premier lieu s’il y avait eu une violation de l’article 8 combiné à l’article 14. La raison de cette démarche semble dépendre de “la nature des plaintes”, qui concernaient essentiellement une différence de traitement fondée sur le sexe en rapport avec l’utilisation des noms de famille⁹².

La liste des critères n’est pas exhaustive, comme les termes “*sans distinction aucune*” et “*toute autre situation*” l’indiquent. Dans sa pratique la Cour a accepté de considérer des recours fondés sur des discriminations fondées sur le sexe, l’origine nationale, la religion, la langue, la naissance (enfants nés hors mariage), l’état marital, le handicap, l’orientation sexuelle, la transexualité et même le rang militaire. La Cour s’est attardée plus particulièrement sur la discrimination fondée sur le sexe dans des termes très stricts. Dans l’affaire *Abdulaziz*, elle a observé que :

“On peut relever que la progression vers l’égalité des sexes constitue aujourd’hui un objectif important des États membres du Conseil de l’Europe. Partant, seules des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur le sexe.”⁹³

Dans l’affaire *Van Raalte*⁹⁴, plutôt que d’utiliser la formulation “seules des raisons très fortes”, la Cour est allée jusqu’à requérir des “raisons incontestables”. L’affaire *Karlheinz Schmidt*⁹⁵ montre un autre exemple où la Cour n’a eu aucune difficulté à établir la discrimination :

“Le plaignant prétendait que le système imposant aux hommes, mais non aux femmes, l’obligation d’effectuer un service de sapeur-pompier ou, le cas échéant, de verser une contribution financière était contraire à l’article 4 combiné avec l’article 14 de la Convention. La Cour a examiné en pratique la situation : le nombre des volontaires ayant toujours été suffisant, aucune personne de sexe masculin n’est tenue en pratique d’accomplir un service de sapeur-pompier. Mais en revanche, il n’en demeure pas moins qu’une contribution financière pèse uniquement sur les hommes et non les femmes. La Cour a jugé que cette pratique était discriminatoire retenant qu’“une différence de traitement fondée sur le sexe ne saurait guère se justifier pour le paiement d’une telle contribution”. ”⁹⁶

Si l'on peut conclure, sur la base de ce cas et des autres affaires, que les différences fondées sur le sexe ne sont pratiquement jamais justifiées, les affaires Rasmussen⁹⁷ et Petrovic⁹⁸ démontrent que cela est pourtant possible. Dans l'affaire Rasmussen, les délais légaux imposés aux hommes qui désirent contester une paternité n'ont pas été jugés discriminatoires, alors qu'aucun délai de la sorte n'est imposé aux femmes. Dans l'affaire Petrovic, la mesure prévoyant que les allocations de congé parental ne sont accordées qu'aux femmes et non aux hommes fut considérée comme légitime parce *"qu'il n'existe pas un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants"* sur cette question. La décision de la Cour dans cette affaire a provoqué quelques critiques⁹⁹.

Pour Grief¹⁰⁰ et Heringa¹⁰¹, de très fortes raisons sont par ailleurs nécessaires pour justifier des différences fondées sur la nationalité, la race, la religion et l'illégitimité¹⁰².

Pour établir une discrimination, une comparaison est souvent requise. Dans l'affaire Lithgow, la Cour a observé que l'article 14 *"protège contre toute discrimination les personnes placées dans des situations analogues"*¹⁰³.

Dans l'affaire Fredin¹⁰⁴, la Cour a observé qu' *"un grief tiré de l'article 14 ne saurait donc prospérer que si, notamment, la situation de la victime prétendue se révèle comparable à celle de personnes mieux traitées"*. Cela implique de prendre en considération les situations comparables¹⁰⁵. Pourtant, en pratique, la Cour ne s'intéresse pas tant aux tests de comparaison, mais prend en considération les raisons qui justifient la différence de traitement¹⁰⁶.

Il est important de souligner, cependant, que le traitement différencié de personnes en situations similaires n'est pas seul à constituer une discrimination. Le traitement similaire de personnes en situations différentes peut également y donner lieu. Ceci a été clairement énoncé dans l'arrêt Thlimmenos c. Grèce :

*"La Cour a conclu jusqu'à présent à la violation du droit garanti par l'article 14 de ne pas subir de discrimination dans la jouissance des droits reconnus par la Convention lorsque les États font subir sans justification objective et raisonnable un traitement différent à des personnes se trouvant dans des situations analogues. Toutefois, elle estime que ce n'est pas la seule facette de l'interdiction de toute discrimination énoncée par l'article 14. Le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes."*¹⁰⁷

Ainsi, les personnes en situation significativement différentes doivent être traitées différemment dans la mesure où la différence de situation le requiert, s'il n'y a pas de justification objective et raisonnable à l'effet contraire¹⁰⁸. Pour le moment, cet aspect du prin-

cipe de non-discrimination reste sous-investi du point de vue théorique, malgré son impact considérable.

Les questions de la portée du principe de non-discrimination et celle de savoir s'il prohibe tout type de discrimination ont été soulevées dans l'affaire Education linguistique Belge. L'argumentaire se fondait sur l'écart entre la version anglaise, qui faisait référence à l'article 14 au mot "discrimination", et la version française, qui prévoyait plutôt l'expression "sans distinction aucune", laquelle a un sens plus large. La Cour a décidé que : *"Malgré le libellé très général de sa version française ('sans distinction aucune'), l'article 14 n'interdit pas toute distinction de traitement dans l'exercice des droits et libertés reconnus. Cette version doit se lire à la lumière du texte, plus restrictif, de la version anglaise ('without discrimination')."*¹⁰⁹

La Cour ajoutait que certaines différences de traitement existent dans toute société démocratique et que certaines inégalités légales ont pour seul objet de corriger les inégalités de fait, et précisait que :

"L'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime : l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé."¹¹⁰

Cependant, les États contractants semblent avoir une marge d'appréciation limitée dans la détermination de la pertinence d'une différence, eu égard à une situation par ailleurs similaire, pour justifier un traitement différencié en droit. La portée de cette marge de manœuvre varie selon les circonstances, l'objet de la loi et le contexte du dossier¹¹¹. Certains experts sont critiques et considèrent que la marge d'appréciation ne devrait jouer un rôle qu'eu égard aux principes énoncés dans les autres articles de la Convention appliqués conjointement avec l'article 14, et non eut égard à l'application de l'article 14 lui-même¹¹².

Une différence de traitement est donc discriminatoire si elle n'a pas a) une justification objective et raisonnable qui poursuit une fin légitime¹¹³, b) si les exigences du principe de proportionnalité ne sont pas respectés et c) si la différence de traitement ne respecte pas le cadre de la marge d'appréciation donnée. Le requérant a la charge d'établir une différence de traitement (ou le refus d'assurer un traitement différencié) et l'État doit ensuite établir une justification objective et raisonnable répondant à l'exigence de proportionnalité. Les arrêts suivants peuvent être cités en exemple :

- Dans *Gaygusuz c. Autriche*, un Turc vivant en Autriche se plaignait de s'être vu refuser le bénéfice d'une prestation d'assurance sociale (assistance d'urgence) dont bénéficiaient les Autrichiens, au seul motif de sa nationalité. Concluant que le requérant avait payé les charges nécessaires et qu'il n'était pas éligible pour la seule raison de sa nationalité, la Cour a décidé qu'il y avait eu violation de l'article 14 conjointement à l'article 1 du protocole n° 1. L'État a tenté de justifier sa politique en prétendant que l'État avait des obligations spécifiques à l'égard de ses ressortissants, mais la Cour a décliné cet argument et considéré que refuser le bénéfice de l'assistance d'urgence sur le seul fondement de la nationalité n'était pas justifié¹¹⁴.
- Dans *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, la Cour a décidé que le fait de confier la garde d'un enfant à l'ex-conjoint pour la seule raison de l'orientation sexuelle du conjoint requérant était contraire à l'article 14 conjointement à l'article 8 qui garantit le respect de la vie familiale. Aucune justification raisonnable et objective pour la distinction ne pouvait être avancée¹¹⁵.
- Dans *Sheffield et Horsham c. Royaume Uni*, des transsexuels hommes devenus femmes se plaignaient de discrimination en raison du refus de l'État de reconnaître leur sexe postopératoire et leur imposant donc, contrairement aux autres personnes, de révéler leur histoire personnelle en public pour justifier du fait que leur sexe sur leur état civil ne corresponde pas à leur apparence physique. La Cour a décidé que le refus respectait les limites de la marge d'appréciation des États, soulignant "qu'elle est convaincue qu'un juste équilibre continue d'être ménagé entre la nécessité de sauvegarder les intérêts de transsexuels comme les requérantes et celle de préserver les intérêts de la communauté en général, et que les situations où les requérantes peuvent avoir à révéler leur ancien sexe ne se produisent pas avec une fréquence telle que l'on pourrait affirmer qu'elles portent atteinte dans une mesure disproportionnée au droit des intéressées au respect de leur vie privée"¹¹⁶.

La considération de la justification apportée à une décision discriminatoire laisse également place à l'action positive et autres mesures préférentielles. Dans le dossier *Gillow* par exemple, la Cour a considéré que le traitement préférentiel en matière de politique d'accès au logement de ceux qui avaient des liens d'attachement avec Guernesey répondait à la notion d'objectif légitime prévue à la Convention¹¹⁷.

Cependant, l'évolution de la pratique de l'État mis en cause suite à la requête du plaignant a peu d'impact sur l'issue du litige. L'introduction d'une législation corrigeant la répétition de situations similaires dans le futur ne limite pas la nécessité d'étudier le recours, mais ce fait ne peut par ailleurs être considéré comme un aveu que la loi antérieure était incompatible avec la Convention¹¹⁸.

Jusqu'à présent la Cour européenne a refusé de reconnaître explicitement le concept de discrimination indirecte¹¹⁹. Cependant, certains indicateurs laissent penser qu'elle pourrait y arriver sous peu. Déjà, dans l'arrêt *Éducation linguistique Belge*, la Cour avait distingué entre les buts et les effets de certaines mesures. Dans l'arrêt *Building Societies*, elle a reconnu que les allégations d'effets discriminatoires étaient visées par l'article 14¹²⁰. Enfin, dans *Jordan c. Royaume Uni*, elle a décidé que : *"Lorsqu'une politique générale ou une mesure a un effet préjudiciable disproportionné sur un groupe particulier, il n'est pas exclu qu'elle soit considérée comme discriminatoire même si elle n'est pas particulièrement dirigée à l'encontre de ce groupe."*¹²¹

Un traitement discriminatoire peut aussi être caractérisé comme étant dégradant au sens de l'article 3 de la Convention. Cette affirmation a été faite en lien avec la discrimination raciale dans *East African Asians c. Royaume Uni*¹²², où la Cour précisait que le fait d'identifier un groupe de personnes en vue de leur réserver un traitement différencié sur le fondement de la "race" pourrait en certaines circonstances être considéré comme une forme d'affront à la dignité humaine, alors que s'il était fondé sur un autre critère il ne soulèverait pas une telle question.

Comme la Convention est un instrument vivant, qui doit être interprété en conformité avec la situation contemporaine à la décision, il est possible qu'avec le temps, soit également considéré comme dégradant un traitement différencié fondé sur d'autres critères de discrimination¹²³.

2.6.1 Protocole n° 12 à la Convention européenne

Le protocole n° 12 a été adopté en novembre 2000 et entrera en vigueur trois mois après sa ratification par dix États contractants¹²⁴. Son article premier stipule :

1. La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.
2. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1."

Les relations entre ce protocole et la Convention sont codifiées à l'article 3 : *"Les États parties considèrent les articles 1 et 2 du présent protocole comme des articles additionnels à la Convention et toutes les dispositions de la Convention s'appliquent en conséquence."*

Le protocole n° 12 n'amende ni n'abroge l'article 14 de la Convention qui continuera à s'appliquer même après ratification du protocole. Les questions soulevées en relation

avec l'interprétation globale de ces dispositions devront donc être réglées par la Cour européenne¹²⁵.

La liste des critères de discrimination est identique à celle de l'article 14. Quoique l'ajout de nouveaux critères ait été étudié, il a été considéré comme inutile, la liste des critères énumérés n'étant pas exhaustive et l'inclusion explicite de nouveaux critères pouvant s'avérer dangereux et donner lieu à un argument a contrario à l'effet que tout critère non ajouté était exclu.

Il est très probable que la Cour interprète le concept de discrimination tel que conçu dans le protocole n° 12 selon les mêmes orientations que celles qui ont présidé à l'interprétation de l'article 14¹²⁶. Une différence de traitement serait donc discriminatoire si elle n'avait pas de justification objective et raisonnable ou s'il n'y avait pas de relation de proportionnalité entre les moyens employés et les objectifs poursuivis.

Il est par ailleurs important de souligner que le protocole prohibe *"toute discrimination"* alors que l'article 14 ne prohibait que *"la discrimination"*, ce qui implique l'application d'exigences plus strictes. En outre, le champ d'application du protocole est plus large en ce qu'il ne couvre pas seulement les droits et libertés couverts par la Convention, mais s'étend également à *"tout droit prévu par la loi"*. Le terme de *"loi"* peut être interprété comme ne couvrant pas que le droit national mais aussi le droit international. La Cour devrait donc étudier quel droit émanant d'un autre instrument juridique international est appliqué de manière discriminatoire, mais elle n'aurait pas juridiction pour déterminer la conformité de la mise en œuvre de ce droit dans toute autre matière.

Selon le rapport explicatif du Conseil de l'Europe, le protocole procure une protection additionnelle à celle de l'article 14 dans les champs suivants :

- dans la protection de tout droit conféré par le droit national ;
- dans la protection d'un droit qui puisse être déduit des obligations d'une autorité publique ;
- dans l'exercice discrétionnaire des pouvoirs d'une autorité publique (par exemple l'octroi de subventions) ;
- dans tout acte ou omission d'une autorité publique (par exemple, le comportement des policiers intervenant dans une émeute)¹²⁷.

L'objectif principal de l'article 1 est de protéger les individus contre des discriminations produites par l'administration, incluant les tribunaux, les corps législatifs et les autorités publiques. Il n'impose pas aux États contractants d'obligation positive de prendre des mesures afin de prévenir ou remédier aux discriminations entre personnes privées¹²⁸. En certaines instances cependant, le défaut d'un État de protéger les individus contre les discriminations résultant de relations privées peut être considéré comme violant les exi-

gences du protocole s'il donne lieu à l'absence de protection d'un droit établi par la loi, dans les cas par exemple de déni d'accès à un bien ou un service (accès au travail, services médicaux, logement)¹²⁹.

Les paragraphes opérants du protocole n° 12 ne réfèrent pas expressément à des mesures positives, mais bien qu'elles ne soient pas requises, elles sont autorisées conformément à la pratique de la Cour dans son interprétation du concept de discrimination dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 14 de la Convention. La licéité des mesures positives est également soulignée dans le préambule du protocole n° 12 : *“Réaffirmant que le principe de non-discrimination n'empêche pas les États parties de prendre des mesures afin de promouvoir une égalité pleine et effective, à la condition qu'elles répondent à une justification objective et raisonnable.”*

2.7 Autres textes pertinents relatifs aux droits de l'homme

Les textes internationaux essentiels relatifs au principe de non-discrimination ont été discutés tout au long de ce chapitre. Cependant, dans certains cas individuels, d'autres textes peuvent s'avérer utiles comme ressources pour interpréter le droit national ou par leurs mécanismes de surveillance spécifiques. Un bon exemple est la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants¹³⁰. La Convention contient une procédure optionnelle de communication individuelle à l'article 22. L'arrêt Hajrizi Dzemajl et autres c. Yougoslavie apporte un exemple de la manière dont la Convention fournit une protection contre les actes comportant des mobiles racistes. Dans cette affaire, le comité contre la torture a décidé que l'incendie de maisons de Roms par un groupe de voisins non-Roms constituait un acte cruel, inhumain et dégradant. L'échec des autorités policières à prendre les mesures appropriées pour protéger les Roms équivalait à un acquiescement passif, les autorités policières ayant été informées préalablement des risques auxquels les Roms étaient exposés et n'étant pas intervenues quoique présentes sur les lieux. Selon le comité, ce comportement constituait une violation par l'État de l'article 16, paragraphe 1, de la Convention.

Nous avons établi une courte liste des instruments des droits de l'homme complémentaires que vous trouverez ci-dessous. Elle n'est pas exhaustive et ne se réfère pas spécifiquement aux dispositions antidiscriminatoires, puisque l'on pourrait également choisir de se prévaloir d'autres dispositions.

Documents des Nations-Unies :

- Convention relative aux droits de l'enfant¹³¹
- Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille¹³²

- Déclaration des droits des personnes handicapées¹³³
- Déclaration des droits du déficient mental¹³⁴
- Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discriminations fondées sur la religion ou la conviction¹³⁵
- Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques¹³⁶
- Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent¹³⁷.

Documents de l'Organisation Internationale du travail (OIT):

- Convention OIT n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession¹³⁸
- Convention OIT n° 169 concernant les peuples indigènes et tribunaux dans les pays indépendants¹³⁹.

Documents du Conseil de l'Europe :

- Charte sociale européenne¹⁴⁰
- Charte européenne des langues régionales ou minoritaires¹⁴¹
- Convention-cadre pour la protection des minorités nationales¹⁴²
- Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants¹⁴³.

Il est important de souligner par ailleurs que l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) a adopté un nombre important de résolutions pertinentes à notre sujet dans le champ des droits de l'homme.

3. Droit communautaire européen

■ Quoiqu'un régime juridique conséquent ait été construit dans les champs de la discrimination fondée sur le sexe et celle affectant la libre circulation des ressortissants communautaires, jusqu'à récemment l'Union européenne est peu intervenue dans les autres domaines de lutte contre les discriminations et s'est limitée à des déclarations sans effet contraignant pour les États. L'intervention antérieure sur ces deux champs s'explique par la nécessité de les réguler dans le contexte de la mise en place du marché commun, reflétant une intervention sur le marché de l'emploi limitée à la protection d'une libre concurrence permettant le fonctionnement harmonieux du marché interne de l'Europe communautaire¹⁴⁴.

La discrimination homme femme était prohibée par l'article 119 du Traité de Rome (aujourd'hui l'article 141 du Traité instituant la Communauté européenne) afin d'éviter que certains pays profitent d'un avantage compétitif injuste en autorisant de telles dis-

criminations. La libre circulation des ressortissants des pays des communautés européennes, quant à elle, exigeait la prohibition de la discrimination fondée sur la nationalité à l'égard des ressortissants des pays membres. Cette approche communautaire a été désignée comme politique sociale d'intégration des marchés.

Pendant les années quatre-vingt-dix, la Communauté a manifesté les signes d'une évolution vers une approche privilégiant une politique sociale fondée sur un modèle de citoyenneté européen, l'Union s'octroyant un rôle accru en faveur de la garantie des droits sociaux fondamentaux et afin de construire chez les ressortissants des pays membres un sentiment d'appartenance à la citoyenneté européenne et des valeurs communes¹⁴⁵. Les grandes étapes de cette évolution furent l'adoption de la Charte des droits fondamentaux et celle de l'article 13 du Traité d'Amsterdam, créant de fait le fondement juridique de la compétence communautaire en vue de l'adoption d'un droit communautaire des discriminations qui, à ce jour, a donné lieu à deux directives couvrant les champs nouveaux de la discrimination raciale et de la discrimination dans l'emploi sur l'ensemble des critères de discrimination couverts par l'article 13 du Traité d'Amsterdam, et la refonte partielle des directives relatives à la discrimination fondée sur le sexe.

Par ailleurs, les droits fondamentaux et, plus spécifiquement le principe de non-discrimination, font partie intégrante des principes généraux du droit fondant l'ordre juridique communautaire qui lie la Communauté, même en l'absence de texte spécifique. La Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a mis en avant ces principes en réponse aux inquiétudes des pays membres quant à l'effet de la primauté du droit communautaire et des intérêts de marché¹⁴⁶ sur le respect des droits fondamentaux reconnus en droit interne. Elle a considéré que ces principes s'intégraient de manière non écrite à l'ordre juridique communautaire. Cependant, une mesure ne peut être mise en cause en raison de ces principes généraux que si elle est soumise au champ du droit communautaire, et la Cour a commencé à définir les contours de ces droits fondamentaux au fil de ses décisions, ce qui laisse encore une marge d'imprécision quant à l'étendue et le contenu de ces droits fondamentaux.

La place des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire est définie dans l'article 6.2 du Traité sur l'Union européenne :

“L'Union respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire.”

La Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a précisé que son appréciation des traditions communes s'inspire “des traités internationaux auxquels les États membres ont collaboré ou dont ils sont signataires”¹⁴⁷.

Dans sa jurisprudence, la Cour a systématiquement considéré toutes les sources de droits fondamentaux au soutien de l'affirmation d'un principe d'égalité et de non-discrimination fort¹⁴⁸. Dans l'arrêt Defrenne III, elle s'est ainsi fondée sur les dispositions de la Charte sociale européenne de 1961 et de la Convention OIT n° 111 :

“Attendu que la Cour a itérativement constaté que le respect des droits fondamentaux de la personne humaine fait partie des principes généraux du droit dont elle a pour mission d'assurer le respect, qu'on ne saurait mettre en doute le fait que l'élimination des discriminations fondées sur le sexe fait partie de ces droits fondamentaux [...]”¹⁴⁹

C'est ainsi que les critères de discrimination tels que ceux explicitement mentionnés dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – comme le racisme ou la religion – bénéficiaient d'une protection mais, jusqu'à l'adoption de l'article 13 du Traité d'Amsterdam, l'évolution vers d'autres champs tels que l'orientation sexuelle étant controversée, elle n'offrait pas de garanties juridiques¹⁵⁰.

Depuis l'adoption de l'article 13 du Traité d'Amsterdam, le champ du droit communautaire en matière de discrimination s'est encore élargi suite à l'adoption de la Charte des droits fondamentaux et de trois directives relatives pour l'une à la discrimination raciale et, pour les deux autres à l'emploi – dans le champ de la discrimination fondée sur le sexe, d'une part, et des discriminations fondées sur la religion, les convictions, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle, d'autre part.

Il est important de souligner que les différents critères de discriminations ayant été traités dans des instruments juridiques distincts, la portée de la protection contre les discriminations diffère d'un critère à l'autre. Chaque critère requiert donc l'analyse de l'outil juridique qui lui est propre.

3.1 La Charte des droits fondamentaux

Le 7 décembre 2000, le Conseil, le Parlement et la Commission ont solennellement proclamé la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La Charte couvre une multitude de droits, clarifiant jusqu'à un certain point la portée des droits fondamentaux protégés dans le cadre de l'Union européenne. L'article 51 précise le champ d'application de la Charte :

“Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application conformément à leurs compétences respectives.”

La Charte ne crée ni ne modifie de pouvoirs ou de missions de la Communauté ou de l'Union.

L'article 21.1 de la Charte prescrit une ardente prohibition de toutes les formes de discriminations :

“Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.”

Sa rédaction comporte certaines innovations par rapport aux textes antérieurs. Par exemple, la liste extensive de critères expressément prohibés couvre dix-sept critères (incluant le handicap, l'âge, l'orientation sexuelle et les caractéristiques génétiques) dont certains, tels les caractéristiques génétiques, n'ont jamais été inclus comme fondement de la prohibition de discriminer dans un instrument juridique international des droits de l'homme. De plus, cette liste de critères n'est pas exhaustive, les mots “*toute discrimination fondée notamment*” suggérant que d'autres critères de différenciation pourraient s'y ajouter. Il est important de souligner que la prohibition de discriminer sur la base de la nationalité est couverte par l'article 21.2, dont la portée est plus restreinte conformément aux principes du droit communautaire.

Les travaux préparatoires indiquent clairement que ce principe de non-discrimination doit être interprété en conformité avec l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et devrait donc permettre la mise en œuvre de mesures d'action positive par les États¹⁵¹.

Par ailleurs, la Charte comporte également la prescription de droits relatifs à la diversité culturelle, religieuse et linguistique (article 22), l'égalité entre les hommes et les femmes (article 23), les droits de l'enfant (article 24), les droits des personnes âgées (article 25), et l'intégration des personnes handicapées (article 26).

La portée de la Charte est cependant relative considérant qu'elle n'a pas de valeur juridique et que l'ampleur de sa prise en compte par la CJCE dans la détermination de la portée des droits fondamentaux en matière de droit communautaire reste indéterminée. Plusieurs avocats généraux se sont cependant déjà fondés sur les dispositions de la Charte dans leurs interprétations de la portée des droits fondamentaux dans le champ du droit communautaire¹⁵². La réévaluation de sa portée juridique devrait néanmoins être discutée en 2004 à l'occasion de la conférence intergouvernementale de Nice.

3.2 Article 13 du Traité instituant la Communauté européenne

■ L'article 13 du Traité instituant la Communauté européenne, tel qu'amendé à Amsterdam, stipule : *“Sans-préjudice des autres dispositions du présent Traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.”*

Tel qu'il apparaît de sa rédaction, cette disposition confère une compétence aux institutions communautaires mais n'est pas d'application directe et ne prescrit en elle-même aucun droit. Sa valeur porte sur le socle qu'elle met en place en vue de l'adoption d'un plus ample droit communautaire de la discrimination, dont nous allons analyser les résultats ci-après.

3.3 Discrimination fondée sur le sexe

■ Tout comme en matière de droit de la libre circulation des ressortissants communautaires, le droit relatif à la discrimination fondée sur le sexe a été pris en compte dès le début des conventions communautaires européennes, le principe d'égalité de traitement apparaissant à l'article 119 du Traité de Rome de 1950. La jurisprudence de la CJCE dans ce domaine est désormais établie et aura certainement un impact sur l'interprétation des dispositions récentes du droit communautaire relatives aux critères de discriminations énumérés à l'article 13¹⁵³.

Les communautés ont soulevé les questions relatives à l'appartenance sexuelle dans certains champs restreints et n'ont jamais abordé les questions relatives aux droits reproductifs ou à la violence contre les femmes¹⁵⁴. Initialement l'approche se concentrait sur l'exigence d'une rémunération égale entre hommes et femmes, garantie par l'article 119 du Traité de Rome. Cette garantie a été complétée en 1975 par la directive 75/117 concernant l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins. Cette directive a été suivie en 1976 de la directive 76/207 relative à l'égalité de traitement entre homme et femme en matière d'emploi, qui prévoyait l'égalité de traitement eu égard à tous les aspects de la relation d'emploi incluant l'accès à l'emploi, la formation professionnelle, la promotion et les conditions de travail. La protection contre la discrimination a plus amplement évolué par la directive 79/7 de 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre homme et femme en matière de sécurité sociale. En 1997, le Conseil a adopté la directive 97/80 relative à la charge de la preuve dans les cas de discriminations fondées sur le sexe. Enfin, en septembre 2002, le Conseil a adopté une directive amendant la directive 76/207 relative à l'égalité de traitement entre homme et femme en

matière d'emploi, qui devrait être transposée pour octobre 2005¹⁵⁵.

La Cour de justice des communautés européennes a eu un rôle important dans l'élaboration du régime juridique de la prohibition de discrimination, par son apport à l'interprétation des premières garanties du droit communautaire, énoncées à l'article 119 du Traité de Rome et dans le cadre de la directive 76/207, qui se limitaient à l'affirmation de principes généraux se référant au principe d'égalité de traitement défini comme *"l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe qu'elle soit directe ou indirecte"*. Sa jurisprudence a élaboré les contours et conditions de mise en œuvre du concept de rémunération égale fondé sur l'article 119, éventuellement modifié par l'article 141, qui dispose que : *"Chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur."*

Dans le premier arrêt Defrenne en 1971, la Cour a indiqué que l'article 119 était d'application directe, ce qui a emporté un droit communautaire de la discrimination générateur de droits individuels que les citoyens pouvaient directement invoquer à leur bénéfice dans le champ limité de la discrimination salariale entre hommes et femmes¹⁵⁶. L'affaire Enderby peut en être l'exemple. Dans cette affaire, la Cour a décidé que : *"Lorsque des statistiques significatives laissent apparaître une différence sensible de rémunération entre deux fonctions de valeur égale dont l'une est exercée presque exclusivement par des femmes et l'autre principalement par des hommes, l'article 119 du Traité impose à l'employeur de justifier cette différence par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe."*¹⁵⁷

Dans le dossier Jenkins, la Cour a énoncé le principe de la prohibition de la discrimination indirecte. Dans cette affaire, une femme travaillant à temps partiel a demandé à être payée au même taux horaire que les hommes travaillant à temps plein et exécutant le même travail. La Cour a décidé que quoique la différence de salaire entre travailleurs à temps partiel et travailleurs à temps plein ne constituait pas une violation de l'article 119, elle devenait discriminatoire si l'organisation du travail révélait une sexualisation des fonctions telle que la plupart des femmes travaillaient à temps partiel et la plupart des hommes à temps plein¹⁵⁸.

Dans l'affaire Bilka, la Cour a décidé qu'une décision affectant l'ensemble du personnel et excluant spécifiquement les travailleurs à temps partiel serait présumée comme discriminatoire contre les femmes s'il pouvait être établi que ladite exclusion affectait un plus grand nombre de femmes que d'hommes. C'est ensuite à l'employeur de contrer cette présomption en établissant que cette décision était fondée sur un facteur objectivement justifié étranger à toute discrimination fondée sur le sexe¹⁵⁹.

Dans la suite de ses décisions, il est important de souligner que la Cour a saisi les affaires mettant en cause le travail à temps partiel pour poursuivre la construction de ce concept de discrimination indirecte, ce qui est particulièrement remarquable considérant qu'il demeure sous-investi par le droit international des droits de l'homme et s'avère très difficile à prouver. Elle a donc élaboré une approche à la preuve de la discrimination indirecte en trois temps, qui peut être inférée de l'arrêt *Bilka* et de ses autres décisions similaires. Pour établir une discrimination indirecte, il est nécessaire d'établir :

- 1- qu'un critère apparemment neutre affecte négativement un nombre substantiellement supérieur de femmes que d'hommes ou l'inverse ;
- 2- que ce critère ou cette distinction n'est pas en elle-même discriminatoire sur la base du sexe ;
- 3- que cette distinction ne peut pas être objectivement justifiée, c'est-à-dire qu'elle ne poursuit pas un objectif légitime et que les moyens d'y parvenir ne sont pas nécessaires et proportionnés pour atteindre cet objectif.¹⁶⁰

Cette reconnaissance de la discrimination à l'égard des salariés à temps partiel a trouvé sa limite dans l'affaire *Helmig*¹⁶¹. Ce dossier concernait des salariés à temps partiel qui ne se voyaient accorder une prime de temps supplémentaire que dans les mêmes conditions que les salariés à temps plein donc que s'ils travaillaient plus que trente-huit ou quarante heures par semaine, alors que leur temps de travail contractuel était de dix-huit heures par semaine. Ces femmes salariées à temps partiel ont soulevé que la prime de temps supplémentaire devait être octroyée dès la première heure supplémentaire parce que la désorganisation de leur emploi du temps était comparable à celle d'un salarié à temps plein. La Cour n'a pas conclu à une violation de l'article 119, estimant qu'il n'y avait pas inégalité de traitement :

"Dans la présente hypothèse, les travailleurs à temps plein reçoivent bien, à parité d'heures effectuées, la même rémunération globale que celle perçue par les travailleurs à temps plein. Ainsi, le travailleur à temps partiel dont la durée contractuelle de travail est de dix-huit heures reçoit-il en travaillant une dix-neuvième heure la même rémunération globale que celle obtenue par le travailleur à temps plein pour dix-neuf heures effectuées."¹⁶²

Cette décision a été critiquée par la doctrine comme allant à l'encontre d'une vision substantielle du droit à l'égalité puisque la salariée à temps partiel qui a des responsabilités familiales qui fondent son choix de temps partiel est confrontée à la même situation que le salarié à temps plein devant organiser son temps supplémentaire¹⁶³.

Dans l'affaire *Nolte*, la Cour a affirmé le principe selon lequel les États conservaient une marge d'appréciation importante dans la mise en œuvre de la politique sociale communautaire. Indirectement, elle reconnaissait qu'une législation ou une politique sociale dis-

criminatoire étaient acceptables dans la mesure où ses objectifs étaient légitimes et non discriminatoires¹⁶⁴.

Enfin, la Cour a précisé qu'il n'est pas nécessaire de compenser le désavantage fait au groupe discriminé pour remédier à une situation d'inégalité ; cette inégalité peut également être corrigée en supprimant l'avantage donné au groupe favorisé. Ce principe est illustré dans l'affaire *Smith c. Advel*¹⁶⁵. Le plaignant mettait en cause le fait que, selon la législation nationale, les hommes soient éligibles à la retraite à soixante-cinq ans alors que les femmes pouvaient faire valoir leurs droits à la retraite à soixante ans. La Cour, concluant que le principe d'égalité avait effectivement été violé décida qu'il n'était cependant pas nécessaire de ramener l'âge de la retraite des hommes à soixante ans et que le régime pouvait valablement être corrigé en augmentant l'âge de la retraite des femmes à soixante-cinq ans.

Depuis le début, il est difficile d'identifier le type de situation se qualifiant comme discrimination fondée sur le sexe. La Cour a eu à prendre position sur une variété de questions posées de manière aléatoire. Par exemple, la Cour a conclu que la discrimination sur la base de la grossesse se qualifiait comme inégalité de traitement fondée sur le sexe parce que seules les femmes peuvent être désavantagées pour cette raison¹⁶⁶. Dans l'affaire *P. c. S. and Cornwall County Council*, la Cour a décidé que la discrimination fondée sur la transexualité pouvait constituer une discrimination fondée sur le sexe. Dans cette affaire, la Cour a décidé que le licenciement d'une personne pour le motif de son changement de sexe était *"fondé essentiellement, sinon exclusivement, sur le sexe de l'intéressé"*¹⁶⁷. Dans *Grant c. South West Trains* cependant, la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle n'a pas été retenue comme étant une discrimination fondée sur le sexe¹⁶⁸.

3.3.1 Action positive

■ La Cour de justice a récemment rendu quatre décisions relatives aux conditions de légitimité de l'action positive autorisée par le droit communautaire en vertu de l'article 2.4 de la directive 76/207 relative à l'égalité de traitement et, depuis le Traité d'Amsterdam, par son article 141.4. L'article 2.4 de la directive 76/207 précisait : *"La présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article 1 paragraphe 1."* L'article 141.4 du Traité d'Amsterdam précise le cadre juridique de l'action positive :

"Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle."

L'affaire Kalanke¹⁶⁹ fut la première décision de la Cour relative aux conditions de mise en place de mesures d'action positive. Elle concernait la conformité de la loi sur l'égalité de Brême qui prévoyait que les femmes fonctionnaires aient préséance sur les hommes aux fins de nomination et promotion lorsqu'elles étaient également qualifiées aux postulants masculins et sous-représentées dans la classification d'emploi en cause. La Cour a décidé que cette disposition était incompatible avec l'article 2.4 de la directive qui, étant dérogatoire au principe d'égalité de traitement, et devait être interprétée restrictivement :

“Une réglementation nationale qui garantit la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou promotion va au-delà d'une promotion de l'égalité des chances et dépasse les limites de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 4, de la directive.”¹⁷⁰

L'action positive, quoique pouvant viser l'égalité des chances, ne pouvait être utilisée pour corriger les discriminations passées et s'organiser en termes d'égalité de résultats. Cette décision a été largement critiquée comme empêchant d'utiliser le critère de sous-représentation comme un élément de décision lorsqu'on est en présence de candidats à qualification égale.

Dans l'affaire subséquente, Marschall¹⁷¹, la Cour a réitéré que, de son point de vue, la préséance inconditionnelle des femmes, même lorsqu'elles sont également compétentes aux hommes, dépassait les limites de l'article 2.4 de la directive. Cependant, dans cette affaire, l'article 2.4 a été considéré comme permettant d'accorder priorité aux femmes dans la mesure où le dispositif laissait une marge de manœuvre pour que la priorité donnée aux candidates femmes en circonstance d'égalité de compétences et de sous-représentation féminine soit outrepassée si un critère individuel objectif, qui ne soit pas “*discriminatoire envers les candidates féminines*”, pouvait être invoqué pour laisser la possibilité de sélectionner un candidat masculin. Ainsi, la priorité est autorisée si elle n'est pas automatique, si l'évaluation individuelle des candidats persiste et permet de recruter un homme sur ses qualités individuelles. Ce que pourrait être un tel critère non-discriminatoire reste indéterminé mais le programme d'action positive doit le prévoir.

Dans l'affaire Badeck¹⁷², la Cour a décidé qu'il était légitime et compatible avec l'article 2.4 de la directive de redéfinir les critères de compétence de manière à prendre en compte des critères neutres avantageant les femmes, par exemple l'expérience et les compétences résultant du fait de s'être occupé d'enfants ou d'autres demandeurs de soins, mais ce uniquement dans la mesure où ceci pouvait être pertinent à l'évaluation des candidats pour le poste concerné.

L'attitude restrictive de la Cour a persisté dans l'affaire Abrahamsson relative à un dispositif suédois¹⁷³. Le gouvernement suédois considérait que pour atteindre une allocation plus équitable des postes d'enseignement universitaire entre hommes et femmes, face à

la lenteur des progrès obtenus, il fallait produire un effort spécifique de court terme afin d'assurer une augmentation significative du nombre de femmes professeurs. Ainsi, l'État a exigé que la préférence soit donnée aux candidates du sexe sous-représenté dans la mesure où elles possédaient les qualifications suffisantes, et même si elles étaient inférieures à celles d'un candidat de sexe opposé. Cependant, la différence de qualification ne devait pas être telle qu'elles allaient à l'encontre de l'obligation d'objectivité dans la détermination des nominations. Dans cette affaire, une femme avait été sélectionnée au détriment d'un homme reconnu par le comité scientifique comme plus qualifié. La Cour a décidé que la sélection étant fondée sur l'appartenance au sexe sous-représenté, et que les candidats dans cette affaire n'ayant pas été soumis à une évaluation objective prenant en compte leur situation personnelle, cette méthode de sélection allait à l'encontre de l'article 2.4 de la directive et de l'article 141.4 du Traité selon lesquels la primauté de l'individu devait être respectée, la méthode de sélection étant disproportionnée à l'objectif visé. La Cour ne précise pas les critères utilisés pour évaluer la proportionnalité de la politique suédoise¹⁷⁴.

Ces affaires amènent deux observations : l'approche restrictive de la Cour à l'égard de l'action positive est due à sa qualification de ces dispositifs comme exceptions au principe d'égalité de traitement et non comme part intégrante du dispositif de mise en œuvre de l'égalité et du principe de non-discrimination, d'où son interprétation restrictive. Le raisonnement de la Cour dans l'affaire Marschall souligne une approche fondée sur une élimination de la "discrimination de fait" qui se décline au présent, alors que l'approche américaine par exemple, perçoit l'action positive comme moyen de corriger les effets des discriminations passées¹⁷⁵.

3.4 Discrimination fondée sur la "race" et l'origine ethnique

Historiquement, le racisme et la discrimination n'ont pas attiré la même attention que la discrimination fondée sur le sexe ou la libre circulation des ressortissants communautaires, ces questions étant perçues comme liées à l'immigration et n'appelant pas d'intervention communautaire en l'absence de libre circulation des ressortissants des pays tiers¹⁷⁶. Cette position était amplifiée par deux considérations : initialement la Communauté européenne avait un rôle minimal à jouer en termes de politiques sociales, et le nombre de migrants des pays tiers n'a commencé à augmenter dans l'ensemble du territoire communautaire que dans les années soixante et soixante-dix.

Cependant, peu à peu des politiques d'action contre les discriminations raciale et ethnique ont été mises en place et diverses initiatives ont été menées¹⁷⁷ : par exemple, deux déclarations du Conseil dans le champ de l'emploi, des affaires sociales et de l'éducation¹⁷⁸. Cependant, ce n'est que suite à l'adoption de l'article 13 que l'Union européenne a pu légiférer sur le sujet. La directive 2000/43 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique

du 29 juin 2000 doit être transposée en droit interne par les États membres avant le 19 juillet 2003.

La directive ne définit pas le concept de “race ou origine ethnique”, mais il est important de souligner qu’en général la référence à la “race” ou l’origine ethnique doit être interprétée plus largement que l’identification à un groupe “racial ou ethnique” identifié ou identifiable, la mise en œuvre de ces dispositions ne dépendant pas de la reconnaissance communautaire ou du concept de race.

Cette directive ne concerne pas la discrimination purement religieuse puisque ce critère est abordé dans la directive 2000/78 du 29 novembre 2000 portant création d’un cadre général en faveur de l’égalité de traitement en matière d’emploi et de travail, discuté ci-après. La religion peut cependant être prétexte à la discrimination en raison de l’origine ethnique en ce qu’elle est porteuse de référents culturels pouvant fonder une discrimination, ce qui fait que la ligne de démarcation entre ces deux critères de discrimination doit être analysée avec circonspection au cas par cas.

Enfin, la directive ne couvre pas les différences de traitement fondées sur la nationalité et s’applique sous toutes réserves des règles afférentes au droit au séjour en droit national¹⁷⁹, quoique le droit communautaire sera applicable lorsque le traitement différencié prétendument fondé sur la nationalité camouflera une discrimination fondée sur l’origine.

L’égalité de traitement signifie, aux fins de la directive, qu’il ne peut y avoir de discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou l’origine ethnique¹⁸⁰. La directive entend sous le vocable de discrimination raciale ou ethnique a) la discrimination directe, b) la discrimination indirecte, c) le harcèlement et d) tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination. L’article 2, paragraphe 2, de la directive définit la discrimination directe de la façon suivante :

“Une discrimination directe se produit lorsque, pour des raisons de race ou d’origine ethnique, une personne est traitée de manière moins favorable qu’une autre ne l’est, ne l’a été, ou ne le serait dans une situation comparable.”

L’approche comparative de cette disposition doit retenir l’attention. Elle requiert qu’une comparaison soit faite avec la situation d’un autre individu afin d’identifier le traitement moins favorable. Elle permet en outre qu’une comparaison soit faite non seulement avec un autre individu en simultané (comparaison actuelle), mais aussi avec tout autre individu ayant précédemment été en situation comparable (comparaison sur l’antériorité) et avec un individu hypothétique en situation comparable (comparaison hypothétique).

Contrairement à la discrimination indirecte qui intègre à la définition du concept une défense de justification objective, il ne peut y avoir de justification pour une discrimina-

tion directe (sauf dans les cas spécifiques énoncés aux articles 4 et 5 de la directive). La discrimination indirecte est définie comme suit :

“Une discrimination indirecte se produit lorsqu’une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d’entraîner un désavantage particulier pour des personnes d’une race ou d’une origine ethnique donnée par rapport à d’autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifiés par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires.”¹⁸¹

La prohibition de discrimination indirecte est importante car le racisme et la discrimination avérée étant de plus en plus socialement condamnés, ils ont tendance à adopter des formes plus subtiles et camouflées. Pour conclure à l’existence de discrimination indirecte, il doit premièrement être démontré qu’une provision, un critère ou une pratique apparemment neutre pourrait mettre les personnes d’une certaine origine en position de désavantage, qu’elle a un effet défavorable comparable à l’effet d’un critère ouvertement discriminatoire. La comparaison doit être faite au niveau du groupe, tel que l’indique l’usage des termes “personnes” au pluriel dans la définition. Il n’est cependant pas nécessaire d’établir qu’un certain nombre de personnes de ce groupe a effectivement été défavorisé. L’hypothèse d’effet discriminatoire induit de la mesure est suffisante pour établir la présomption de discrimination. À cette fin, la directive permet, mais ne requiert pas, l’usage de preuve statistique pour démontrer l’effet défavorable¹⁸².

Comme mentionné ci-dessus, la présomption de discrimination indirecte est sujette à une défense de justification objective. Un traitement différencié qui serait autrement considéré comme discriminatoire est justifié si l’on démontre la légitimité des fins poursuivies ainsi que la proportionnalité et la nécessité des moyens employés pour atteindre cet objectif légitime.

Selon la directive, le harcèlement constitue une forme de discrimination et se définit à l’article 2.3 de la directive comme suit :

“Lorsqu’un comportement indésirable lié à la race ou à l’origine ethnique se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d’une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Dans ce contexte, la notion de harcèlement peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales des États membres.”

Cette latitude nationale ne peut restreindre la portée de la définition du harcèlement, mais permet aux États d’en élaborer le régime juridique quant aux modalités de la responsabilité de l’employeur, de la gestion des situations mettant en cause d’autres salariés ou encore des clients¹⁸³.

Enfin, le fait *“d’enjoindre quiconque à pratiquer une discrimination”*, constitue également une discrimination au sens de l’article 2.4 de la directive.

L’article 3 définit le champ d’application de la directive et les domaines dans lesquels l’interdiction de discriminer devra être mise en œuvre. Le champ d’application est large : tous les aspects du travail – embauche, vie professionnelle, licenciement, l’orientation et la formation professionnelle, l’intégration et l’engagement dans une organisation de travailleurs ou d’employeurs – la protection sociale, les avantages sociaux, l’éducation ainsi que l’accès aux biens et aux services et le logement. La portée de la directive est par ailleurs restreinte au champ des compétences conférées à la Communauté, notion imprécise et sujette à controverses¹⁸⁴.

L’article 4 énonce le nombre limité des exceptions recevables à l’interdiction de discriminer et permet une différence de traitement lorsqu’une caractéristique liée à l’origine constitue *“une exigence professionnelle essentielle et déterminante”*, et *“pour autant que l’objectif soit légitime et que l’exigence soit proportionnée”*. Ainsi le metteur en scène d’une pièce de théâtre historique n’aurait pas à engager un acteur noir pour jouer le rôle de Winston Churchill, même si l’acteur noir était le plus qualifié de tous les candidats. Ces exceptions sont destinées à être invoquées dans des circonstances exceptionnelles et des champs restreints¹⁸⁵.

L’article 5 concerne l’action positive et codifie la doctrine communautaire en ce qu’elle ne fait que permettre mais n’exige pas la mise en place de telles mesures : les États membres sont autorisés à maintenir ou adopter de nouvelles *“mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à la race ou à l’origine ethnique”*. La justification de ces actions positives se fonde sur les discriminations passées, présentes ou à venir et elles ne sont autorisées que dans la mesure où l’égalité de traitement n’est pas réalisée *“en fait”*.

La directive comporte plusieurs éléments innovants et importants dans le champ des recours et de la mise en application du principe de non-discrimination.

Premièrement, elle prévoit l’aménagement de la charge de la preuve. Ainsi, si un demandeur établit *“des faits qui permettent de présumer l’existence d’une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu’il n’y a pas eu violation du principe de l’égalité de traitement.”*¹⁸⁶ Ce transfert de la charge de la preuve s’applique à la preuve de la discrimination directe, indirecte, du harcèlement, et à l’ordre de discriminer. Il n’est pas applicable en matière pénale¹⁸⁷.

Ensuite, toute organisation ayant un *“intérêt légitime”* peut engager, au nom ou au soutien du plaignant, avec son accord, toute procédure judiciaire ou administrative relative à la discrimination raciale ou ethnique¹⁸⁸.

Troisièmement, les États doivent introduire dans leur régime juridique toutes les mesures nécessaires afin de protéger les personnes contre les représailles pouvant découler d'une plainte, d'une procédure judiciaire ou d'un témoignage relatif à la discrimination raciale ou ethnique¹⁸⁸. De plus, les États membres doivent prendre "toutes les mesures nécessaires" pour veiller à ce que les sanctions applicables à la discrimination soient mises en œuvre et ces sanctions doivent être dissuasives et efficaces¹⁹⁰. Enfin, ils doivent "désigner un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement entre toutes les personnes sans discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique". Ces organismes doivent avoir pour compétence "d'apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination, de conduire des études indépendantes concernant les discriminations, de publier des rapports indépendants et d'émettre des recommandations sur toutes les questions liées à ces discriminations."¹⁹¹

3.5 Discrimination fondée sur la religion, les convictions, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle

■ Comme en ce qui concerne la discrimination raciale et fondée sur l'origine ethnique, il n'y a pas de tradition juridique dans la Communauté en ce qui concerne ces critères de discrimination. Les quelques cas faisant valoir une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle se sont avérés des échecs. Dans l'affaire Grant, la Cour de justice a conclu que, "en son état actuel, le droit communautaire ne couvre pas une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle"¹⁹². Dans le même arrêt, la Cour a refusé de traiter la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle comme une forme de discrimination fondée sur le sexe¹⁹³. L'absence de fondement légal sur la base de ce critère n'épuise cependant pas le sujet de l'approche de l'Union européenne, car plusieurs déclarations de politique publique ont vu jour ces dernières années au niveau communautaire¹⁹⁴. L'absence de critère légalement opposable a en outre été corrigée par l'adoption par le Conseil, le 27 novembre 2000, de la directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (ci-après la directive cadre en matière d'emploi). Cette directive doit être transposée en droit interne pour le 2 décembre 2003, quoiqu'en matière de discrimination fondée sur l'âge et le handicap, les États membres se voient conférer la possibilité d'étendre les délais de transposition de trois années additionnelles¹⁹⁵.

La structure de la directive, des termes et la plupart de ses définitions¹⁹⁶ correspondent à celles de la directive relative à la discrimination raciale¹⁹⁷. Les dispositions des deux directives sont matériellement similaires en contenu, en moyens¹⁹⁸ et en termes d'objectifs. Les deux directives ne diffèrent qu'en termes de champ d'application et des critères protégés.

La directive cadre en matière d'emploi couvre les critères de religion, croyance, handicap, âge, orientation sexuelle, et comme dans le cas de la directive relative à la discrimination raciale, elle ne définit pas ces critères même si elle les énumère. La question centrale est plutôt de savoir si une personne a été discriminée sur le fondement de ce critère et non si elle appartient à une catégorie portant sa propre définition¹⁹⁹. Le paragraphe 31 du préambule prévoit cependant qu'*"il n'incombe pas à la partie défenderesse de prouver que la partie demanderesse appartient à une religion donnée, possède des convictions données, présente un handicap donné, est d'un âge donné ou d'une orientation sexuelle donnée"*. Ceci ne veut pas dire que la directive requiert qu'il faille apporter ce type de preuve, ce qui pourrait freiner une décision de poursuivre²⁰⁰, mais plutôt que si une question en litige concerne cette appartenance, ou la pertinence du critère de discrimination soulevé par le plaignant, il incombera à la partie demanderesse d'apporter les réponses requises. Le fait que la directive utilise le terme "toute", et en anglais "whatsoever", a été interprété comme indiquant d'une part que la discrimination fondée sur une perception d'orientation sexuelle, handicap, âge ou appartenance religieuse pouvait constituer une discrimination²⁰¹, et que la protection était très large puisqu'on ne pouvait, non plus, discriminer entre victimes de discrimination, par exemple entre divers handicaps²⁰².

La deuxième différence fondamentale entre les directives concerne leur champ d'application. La directive cadre en matière d'emploi est plus limitée dans sa portée, ne concernant que l'accès à l'emploi, l'accès à l'orientation et la formation professionnelle, l'emploi et les conditions de travail, l'appartenance et l'implication dans une organisation de salariés ou d'employés. La directive exclut expressément de son champ d'application les *"versements de toute nature effectués par les régimes publics ou assimilés, y compris les régimes publics de sécurité sociale ou de protection sociale"*²⁰³. De plus, cette directive pose les conditions de la justification des discriminations établies par le droit national :

*"La présente directive ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui."*²⁰⁴

La directive cadre prévoit par ailleurs un certain nombre de restrictions à son application. Par exemple, l'article 3.4 prévoit qu'elle ne s'applique pas aux discriminations fondées sur l'âge et le handicap en ce qui concerne les forces armées, l'article 4.2 prévoit le droit de poser des conditions discriminatoires aux organisations de culte et autres organisations publiques ou privées *"dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions"* et l'article 6 justifie le traitement différencié fondé sur l'âge lorsque de telles mesures *"sont objectivement et raisonnablement justifiées... et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires."* Ainsi, contrairement aux autres critères de discrimination, même une discrimination directe fondée sur l'âge peut faire l'objet d'un argument de justification.

En termes de mesures originales, la directive prévoit que les employeurs doivent offrir aux salariés handicapés des aménagements raisonnables²⁰⁵. Ainsi, l'employeur doit prendre des mesures raisonnables pour permettre à une personne handicapée d'avoir accès à, de participer à, ou de progresser dans son emploi et d'être formée à moins que de telles mesures donnent lieu à une charge disproportionnée pour l'employeur. En situation de recrutement, l'employeur doit évaluer la candidature de la personne handicapée à la lumière de tout aménagement qui pourrait raisonnablement être fait²⁰⁶. Le fait de ne pas respecter le devoir d'aménagement peut en lui-même constituer une discrimination²⁰⁷.

Les trois directives récentes analysées, et la directive cadre en matière d'emploi en particulier, laissent énormément de place à l'interprétation, ce qui laissera à la Cour de justice des communautés européennes un rôle considérable à jouer dans l'élaboration du régime juridique.

BIBLIOGRAPHIE

- Askin, Kelly D. & Koenig, Dorean M. (ed) (1999).
Women and International
Human Rights Law. New York : Transnational Publishers 1999.
- Asscher-Vonk, Irene P.,(1999).
"Towards One Concept of Objective Justification",
dans Loenen & Rodrigues (ed) 1999.
- Bell, Mark (2002).
Anti-Discrimination Law and the European Union.
New York: Oxford University Press 2002.
- Caruso, Daniela (2003).
"Limits of the Classic Method: Positive Action in the European
Union after the New Equality Directives", dans 44 Harv. Int'l L. J.
(Summer 2003, forthcoming).
- Cholewinski, Ryszard (1991).
"The Racial Convention and the Protection of Cultural
and Linguistic Ethnic Minorities", dans Rev. de Droit International 69, 1991.
- Eide, Asbjörn & Rosas, Allan (1995).
"Economic, Social and Cultural Rights:
A Universal Challenge", dans Eide et al (ed) 1995.
- Eide, Asbjörn & Krause, Catarina & Rosas, Allan (ed) (1995).
Economic, Social and Cultural Rights : a Textbook.
The Hague : Kluwer Law 1995.
- Fredman, Sandra (2002).
Discrimination Law. Oxford : Oxford University Press 2002.
- Frostell, Katarina (1999).
"Gender Difference and the Non-Discrimination Principle
in the CCPR and the CEDAW", dans Hannikainen & Nykänen 1999.
- Grief, Nicholas (2002).
"Non-Discrimination under the European Convention on

Human Rights : a critique of the United Kingdom Government's refusal to sign and ratify Protocol 12", dans 27 E.L.Rev. Human Rights Survey 2002.

Hannikainen, Lauri & Nykänen, Eeva (ed) (1999).

New Trends in Discrimination
Law – International Perspectives. Turku: Grafia 1999.

Heringa, Aalt Willem (1999).

"Standards of Review for Discrimination.
The Scope of Review by the Courts", dans Loenen & Rodrigues (ed) 1999.

Hernández-Truyol (1999).

"Human Rights Through a Gendered Lens:
Emergence, Evolution, Revolution", dans Askin & Koenig 1999.

Jacobs, Francis G. & White, Robin C. A. (1996).

The European Convention of
Human Rights. Second Edition. Oxford : Clarendon Press 1996.

Janis, Richard et al (ed) (2000).

European Human Rights Law.
Text and Materials. Second Edition. Oxford : Oxford University Press 2000.

Krause, Catarina & Scheinin, Martin (2000).

"The Right not to be Discriminated
Against : The Case of Social Security", dans Orlin & Scheinin 2000.

Loenen, Titia (1999).

"Indirect Discrimination : Oscillating Between
Containment and Revolution", dans Loenen & Rodrigues (ed) 1999.

Loenen, Titia & Rodrigues, Peter (ed) (1999).

Non-Discrimination Law :
Comparative Perspectives. The Hague : Kluwer Law International 1999.

Merrills, J. G. & Robertson, A. H. (ed) (2001).

Human Rights In Europe.
A Study of the European Convention on Human Rights. Fourth Edition.
Manchester : Manchester University Press 2001.

Nowak, Manfred (1993).

CCPR Commentary 1993.

- Orlin, Theodore & Scheinin, Martin (ed) (2000).
The Jurisprudence of Human Rights
Law : A Comparative Interpretive Approach. Jyväskylä: Gummerus 2000.
- Pellonpää, Matti (1996).
Euroopan ihmisoikeussopimus.
Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 1996.
- Pentikäinen, Merja (1999).
"The Prohibition of Discrimination and the 1979 UN Convention on the
Elimination of All Forms of Discrimination Against Women", dans
Hannikainen & Nykänen 1999.
- Scheinin, Martin (1995).
"Economic and Social Rights as Legal Rights", dans
Eide et al (ed) 1995.
- Scheinin, Martin (1999).
"Women's Economic and Social Rights as
Human Rights – Conceptual Problems and Issues of Practical Implementation",
dans Hannikainen & Nykänen 1999.
- Thornberry, Patrick (1991).
International Law and the Rights of Minorities.
Oxford: Oxford University Press 1991.
- Veldman, Albertine G. (1999).
"Preferential Treatment in European Community Law :
Current Legal Developments and the Impact of National Practices",
dans Loenen & Rodrigues (ed) 1999.
- Wentholt, Klaartje (1999).
"Formal and Substantive Equal Treatment : the Limitations
and the Potential of the Legal Concept of Equality" dans Loenen & Rodrigues
(ed) 1999.
- Whittle, Richard (2002).
"The Framework Directive for Equal treatment in employment
and occupation : an analysis from a disability rights perspective",
dans 27 E.L.Rev. June 2002.

NOTES

1 L'auteur tient à remercier Niklas Reuter, Martin Scheinin et Birgit Weyss pour les observations qu'ils ont faites sur le texte.

2 Scheinin 2000, p. 255.

3 Nowak 1993, p. 460.

4 Article 1.3 de la Charte des Nations unies.

5 La Conférence mondiale sur les droits de l'homme des Nations unies, la Déclaration et le Programme d'action de Vienne, 25 juin 1993, UN doc. A/CONF.157/24, part. I, 1993.

6 Souligné par l'auteur.

7 Une règle de droit à laquelle aucune dérogation ne peut être apportée comme le stipule l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

8 Voir infra note 8 et sections 2.4, 2.5 et 2.7.

9 Voir les directives (EEC) suivantes : 76/207, relative à la mise œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes ; 2000/78/EC, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; et 2000/43/EC, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

10 Voir supra note 7 et par exemple, Hernandez-Truyol 1999, p. 19.

11 Eide & Rosas 1995, p. 15.

12 Le Pacte international sur les droits civils et politiques, AGNU res. 2200A(XXI), 21e session, Supp. n° 16, 1966, p. 52.

13 Les observations du comité des droits de l'homme et des autres comités chargés de veiller à la mise en œuvre des autres traités pèsent de manière considérable sur la façon dont les traités doivent être interprétés. Bien que ces observations ne soient pas contraignantes, elles font autorité notamment depuis que les membres des comités respectifs sont des experts. Lorsqu'un expert prend une certaine position, cette position est généralement considérée et justifiée.

14 Le protocole additionnel au Pacte sur les droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, ratification et accession par la résolution de l'Assemblée générale 2200A (XXI) du 16 décembre 1966.

15 Toonen c. Australie, communication n° 488/1992.

16 Gueye et al. c. France, n° 196/1985

17 Thornberry 1991, p. 281.

18 Nowak 1993, p. 45.

19 Voir, par exemple, Thornberry 1991, p. 283.

20 Observation générale n° 18 (non-discrimination), adoptée à la 37e session (1989) para. 13.

21 Observation générale n° 18 (non-discrimination) ; voir également les affaires Broeks, n° 172/1984 et Zwaan-de-Vries, n° 182/1984

- 22 Voir également Nowak 1993, pp. 466-469, et Thornberry 1991, p. 285.
- 23 Nowak 1993, p. 478.
- 24 Ce qui implique des conséquences importantes, comme l'a noté Scheinin 1999, p. 20. Voir également les affaires Broeks, n° 172/1984 et Zwaan-de-Vries, n° 182/1984.
- 25 L'affaire Toonen c. Australie, communication n° 488/1992.
- 26 Gueye et al c. France, n° 196/1985.
- 27 Nowak 1993, p. 479.
- 28 Scheinin & Krause 2000, p. 256.
- 29 Kavanagh c. Irlande, Communication n° 819/1998.
- 30 Asscher-Vonk 1999, p. 50.
- 31 Para. 7 de l'observation. La définition est proche de celles employées dans la Convention des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.
- 32 Bhinder c. Canada, communication n° 208/1986.
- 33 Voir l'affaire Simunek, Hastings, Tuzilova et Prochazka c. République Tchèque, communication n° 516/1992, dans laquelle le comité établit qu'une législation nationale qui a des effets discriminatoires peut violer l'article 26.
- 34 Frostell 1999, pp. 45-48.
- 35 Observation générale n° 18, para. 8.
- 36 Observation générale n° 18.
- 37 Observation générale n° 18, para. 10.
- 38 Article 2 paragraphe 3-a-c du Pacte.
- 39 Voir l'observation n° 29 pour plus de précisions sur l'interprétation de l'article 4.
- 40 Observation générale n° 28.
- 41 Nowak 1993, p. 71.
- 42 Concernant les femmes, Scheinin a observé qu'"il n'était pas étonnant que les droits économiques et sociaux aient été acceptés comme faisant partie des droits de l'homme simultanément à la reconnaissance de la femme comme sujet des droits de l'homme à part entière. Ce qu'il y a de plus fondamental dans les droits économiques et sociaux est lié aux questions relatives au principe d'égalité homme-femme dans la société..." Scheinin, 1999, p. 2.
- 43 Observation générale n° 3 sur la nature des obligations des États parties, adoptée par le comité à sa cinquième session (1990). Voir aussi Scheinin, 1995.
- 44 Observation générale n° 5, les personnes ayant un handicap, adoptée à sa onzième session (1994).
- 45 Bien que le comité reconnaisse qu'il n'existe aucune définition, admise sur le plan international, du terme "incapacité", son approche sur la question est la suivante : "Le mot 'incapacité' recouvre à lui seul nombre de limitations fonctionnelles différentes qui peuvent frapper chacun des habitants... L'incapacité peut être d'ordre physique, intellectuel ou sensoriel ou tenir à un état pathologique et mental. Ces

déficiences, états pathologiques ou maladies peuvent être permanentes ou temporaires.”

46 Observation générale n° 5, para 9.

47 Ibid, para 18, souligné par l’auteur.

48 Ibid, para 15.

49 La définition utilisée par le comité des droits de l’homme se base sur les définitions de la Convention sur l’élimination de toutes les formes de discrimination et la Convention sur l’élimination de toutes les formes de discrimination à l’égard des femmes.

50 Pour plus de précisions sur les instruments internationaux, voir Scheinin, 1995.

51 Adoptée le 21 décembre 1965, par la résolution de l’Assemblée générale 2 106 (XX).

52 165 États l’avaient ratifiée au 9 décembre 2002.

53 <http://193.194.138.190/html/menu2/8/stat4.htm>.

54 Thornberry, 1991, p. 264.

55 Recommandation générale XXV sur les dimensions de la discrimination raciale liée au genre, adopté à la 56e session du Comité (2000), para 1.

56 CERD 38e session (1990), Recommandation générale VIII relative à l’interprétation et l’application de l’article 1, par 1 et 4 de la Convention.

57 Recommandation générale XXIV, para 3.

58 Recommandation générale XI sur les non-nationaux adoptée lors de la 42e session (1993).

59 Communication n° 10/1997, Ziad Ben Ahmed Habassi c. Danmark.

60 Ibid, para 9.3.

61 Recommandation générale XIV sur l’article 1, para 1 et para 2 de la Convention.

62 Cholewinski, 1991.

63 B.M.S. c. Australie, communication n° 8/1996.

64 Ibid. para 9.2.

65 L.K. c. Pays-Bas, communication n° 4/1991.

66 Yilmaz-Dogan c. Pays-Bas, communication n° 1/1984, para 6.4.

67 Op. cit.

68 Ibid. para 6.4 à 6.7.

69 Op. cit.

70 Ms M. B. c. Danemark, communication n° 20/2000 (15/03/2002).

71 Ziad Ben Ahmed Habassi, op. cit.

72 Michel L. N. Narrainen c. Norvège, communication n° 3/1991.

73 Z.U.B.S. c. Australie, communication n° 6/1995.

74 Communication n° 9/1997.

75 Ibid. para 6.4.

76 Il s’agit de la deuxième Convention des droits de l’homme, ratifiée avec 170 ratifications au 5 décembre 2002, la convention la plus ratifiée étant la Convention sur les droits de l’enfant avec 191 ratifications.

77 Voir l’opinion de Pentikäinen (1999) et Frostell (1999).

- 78 Burrows (1985), cité dans Pentikäinen (1999), p. 66.
- 79 Pentikäinen (1999), p. 68.
- 80 Recommandation générale n° 5 (mesures spéciales temporaires), adoptée lors de sa 7e session (1988).
- 81 Para. 4.2 de la Convention.
- 82 Recommandation générale n° 19, Violence contre les femmes, 11e session (1992), para 9.
- 83 Ibid.
- 84 La Cour offre de l'accompagnement pour le dépôt d'une demande et un formulaire d'application standard est disponible sur son site Internet : www.echr.coe.int./Bilingualdocuments.applicationinformation.htm.
- 85 Pellonpää (1996), p. 435.
- 86 Abdulaziz, Cabales et Balkandi c. Royaume Uni, 18 mai 1985, series A, n° 94 (1985) 7 EHRR, p. 471.
- 87 Affaire de l'Education linguistique Belge, 23 juillet 1968, Series A., n° 6 (1979-1980) 1 EHRR 252. Section IB, para 9.
- 88 Jacobs (1996), p. 289.
- 89 Dudgeon c. Royaume Uni, 22 octobre 1981, Series A, n° 45 (1982) 4 EHRR.
- 90 Marckx c. Belgique, 13 juin 1979, Series A, n° 31 (1979-1980) 2 EHRR, p. 330.
- 91 Burgharz c. Suisse, 22 février 1994, series A, n° 280-B.
- 92 Jacobs, op. cit., p. 290.
- 93 Op. cit. para 78.
- 94 Van Raalte c. Pays-Bas, 21 février 1997.
- 95 Karlheinz Schmidt c. Allemagne, 18 juillet 1994, series A. n° 291-B (1994) 18 EHRR 513.
- 96 Ibid, para 28-29.
- 97 Rasmussen c. Danemark, Arrêt du 28 novembre 1984, Séries A, N°.87, 15 ; (1985) 7 CEDH 372
- 98 Petrovic c. Autriche, Arrêt du 27 mars 1998.
- 99 Heringa 1999, p. 31.
- 100 Grief 2002, HR/5.
- 101 Heringa 1999, p. 30.
- 102 Les deux auteurs se réfèrent aux affaires Gaygusuz, East African Asians, Hoffman et Inze à l'appui de leurs argumentations.
- 103 Lithgow et autres c. Royaume-Uni, Arrêt du 8 juillet 1986, séries A, n° 102 ; (1986) 8 CEDH, p. 329.
- 104 Fredin c. Suède, Arrêt du 18 février 1991, Séries A, n° 192 ; (1991) 13 CEDH, p. 784.
- 105 Affaire Moustaqim c. Belgique, Arrêt du 18 février 1991.
- 106 Nowak 1993, p. 542.
- 107 Thlimmenos c. Grèce, 6 mars 2000, para 44.
- 108 Grief, 002, HR/5.

- 109 Op. cit.
- 110 Ibid.
- 111 Inze c. Autriche, 28 octobre 1987, para 41.
- 112 Gaygusuz c. Autriche, 16 septembre 1996.
- 113 Lithgow et autres c. Royaume Uni, 8 juillet 1986.
- 114 Op. cit.
- 115 Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal, 21 décembre 1999.
- 116 Sheffield et Horsham c. Royaume Uni, 30 juillet 1998.
- 117 Gillow c. Royaume Uni, 24 novembre 1986.
- 118 Voir Rasmussen.
- 119 Heringa, 1999, p. 28.
- 120 Building Societies c. United Kingdom, 23 octobre 1997.
- 121 Jordan c. Royaume Uni, 4 mai 2001, para 154 (traduction non officielle car cet arrêt n'est pas disponible en français).
- 122 East African Asians c Royaume Uni [1970] 13 YBK 928 (traduction non officielle car cet arrêt n'est pas disponible en français).
- 123 Grief, 2002, HR/6
- 124 Au premier février 2003, seules la Croatie, Chypre et la Georgie avaient ratifié ce protocole.
- 125 Para 33 du rapport explicatif du Conseil de l'Europe.
- 126 Opinion de La Cour, session plénière administrative, 6 décembre 1999 (doc. 8 606).
- 127 Para 22 du rapport explicatif du Conseil de l'Europe.
- 128 Grief, HR/9.
- 129 Para 28 du rapport explicatif du Conseil de l'Europe.
- 130 10 décembre 1984, résolution 39/46.
- 131 Adoptée par résolution de l'Assemblée générale 44/25 du 20 novembre 1989.
- 132 Adoptée par la résolution de l'Assemblée générale 45/158 du 18 décembre 1990.
- 133 Proclamée par la résolution 3 447 (XXX) du 9 décembre 1975 de l'Assemblée générale.
- 134 Proclamée par la résolution 2 856 (XXVI) du 20 décembre 1971.
- 135 Proclamée par la résolution 36/55 du 25 novembre 1981.
- 136 Proclamée par la résolution 47/135 du 18 décembre 1992.
- 137 Proclamée par la résolution 40/144 du 13 décembre 1985.
- 138 Adopté à Genève, 42e session du 25 juin 1958.
- 139 Adopté à Genève, 76e session du 27 juin 1989.
- 140 ETS n° 163, Strasbourg, 3 avril 1996.
- 141 ETS n° 148, Strasbourg, 5 novembre 1992.
- 142 ETS n° 157, Strasbourg, 1er février 1995.
- 143 ETS n° 160, Strasbourg, 25 février 1996.
- 144 Bell, 2002, p. 2.
- 145 Bell, 2002, 2ff.
- 146 Le principe de la primauté du droit communautaire sur le droit interne a

été reconnu dans l'arrêt *Costa c. ENEL* [1964] ECR 585.

147 C-136/79 *National Panasonic (UK) c. Commission* [1980] ECR 2033, para 18.

148 Bell, 2002, p. 21.

149 C - 149/77, *Defrenne c. Sabena (III)* [1978], para 26-27.

150 C-122/99 et C-125/99, *D et Suède c. Conseil* [2001] ECR I-4319.

151 Explications du projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bruxelles, 11 octobre 2000 (18.10) (OR. fr) Charte 4 473/00.

152 Bell, 2002, p. 9.

153 Caruso, 2003.

154 Bell, 2002, p. 44.

155 Cette directive amende par exemple la définition de discrimination dans un effort d'harmonisation de toute la législation communautaire en matière de discrimination : "Aux fins de la présente directive, on entend par discrimination directe : la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable – discrimination indirecte : la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires."

156 C-80/70, *Defrenne c. Belgique*, [1971] ECR 445.

157 C-127/92, *Enderby c. Frenchay Health Authority*, [1993] ECR, I-5535, para 19.

158 C-129/79, *Jenkins c.* [1980] ECR 1 275.

159 C-170/84, *Bilka-Kaufhaus c. Weber von Hartz*, [1986] ECR, 1607, para 31.

160 Ibid.

161 C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-50/93, *Helmig c. Stadt Lengerich* [1994] ECR I- 5 727.

162 Para 27, p. 28.

163 *Wentholt*, 1999, p. 63 ; *Loenen*, 1999, p. 207.

164 C-371-93, *Nolte* [1995] ECR 4 625 ; *Fredman*, 2002, p. 113.

165 C-408/92, *Smith c. Advel* [1994] IRLR 602 ; *Fredman*, 2002, p. 95.

166 *Fredman*, 2002, p. 100, se référant à l'affaire C-177/88 *Dekker* [1990] ECR I-394.

167 C13-94, *P. c. S. and Cornwall County Council* [1996] ECR I-2143, para 22.

168 C-249/96 *Grant c. South-West Trains Ltd* [1998] ECR I-621.

169 C-450/93 *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, [1995] ECR.

170 Para 22.

171 C-409/95, *Marschall c. Land Nordrhein Westfalen*, [1997] ECR I-6363, para 33.

172 C-158/97 *Badeck*.

173 C-407/98 *Abrahamsson c. Fogelqvist*, [2000] IRLR 732.

174 *Fredman*, 2002, pp. 142-143.

175 *Veldman*, 1999, p. 287.

176 Bell, 2002, p. 63

- 177 Voir Bell, 2002, p. 63.
- 178 Résolution du Conseil sur la lutte contre le racisme et de la xénophobie dans les domaines de l'emploi et des affaires sociales, du 5 octobre 1995, [1995] J.O. ; C296/13 ; Résolution du Conseil portant sur la réponse des systèmes éducatifs aux problèmes du racisme et de la xénophobie, [1995] J.O.C312/1.
- 179 Article 3.2 de la directive.
- 180 Article 2.1 de la directive.
- 181 Article 2.2.b de la directive.
- 182 Para 15 du préambule ;
- 183 Bell, 2002, pp. 75-76.
- 184 Bell, 2002, pp. 76 et 131-136.
- 185 Para 18 du préambule.
- 186 Article 8.1.
- 187 Article 8.3.
- 188 Article 7.2.
- 189 Article 9.
- 190 Article 15.
- 191 Article 13.
- 192 C-249/96, Grant c. South-West trains Ltd [1998] ECRI I-621, para 47.
- 193 Ibid, p. 651.
- 194 À cet égard, voir Bell, 2002.
- 195 Article 18 de la directive.
- 196 Article 2.
- 197 Bell, 2002, p. 113.
- 198 Recours et mise en œuvre, article 9 à 14, Action positive, article 7.1, exceptions fondées sur l'exigence professionnelle et déterminante, article 4.1.
- 199 Whittle 2002, p. 323.
- 200 Bell, 2002, p. 115.
- 201 Ibid.
- 202 Whittle, 2002, p. 306.
- 203 Article 3.3.
- 204 Article 2.5.
- 205 Article 5.
- 206 Whittle, 2002, p. 312.
- 207 Ibid.