



**Conseil Économique
et Social**

Distr.
GÉNÉRALE

E/CN.4/Sub.2/2000/11
19 juin 2000

FRANÇAIS
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME
Sous-Commission de la promotion et de la protection
des droits de l'homme
Cinquante-deuxième session
Point 3 de l'ordre du jour provisoire

**EXAMEN GLOBAL DE SUJETS PRÉCIS RELATIFS À L'ÉLIMINATION DE LA
DISCRIMINATION RACIALE**

La notion d'action positive et son application pratique

Rapport préliminaire présenté par M. Marc Bossuyt, Rapporteur spécial, en application de la
résolution 1998/5 de la Sous-Commission

TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphes</u>	<u>Pages</u>
Introduction	1 - 3	2
I. LA NOTION D'ACTION POSITIVE DANS LE DROIT INTERNATIONAL	4 - 40	2
II. LES LIMITES FIXÉES À L'ACTION POSITIVE	41 - 83	12
A. L'interdiction de la discrimination	42 - 65	12
B. Les mesures prises au titre de l'action positive doivent être temporaires	66 - 83	17
Annexe : Questionnaire sur l'action positive		29

Introduction

1. Dans sa décision 1999/106, la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, rappelant sa décision 1998/5 et prenant note de la résolution 1999/81 de la Commission des droits de l'homme, ainsi que de la décision 1999/253 du Conseil économique et social, a décidé de renouveler l'autorisation qu'elle avait accordée au Rapporteur spécial sur la notion d'action positive et son application pratique de demander à la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme d'envoyer un questionnaire aux gouvernements, aux organisations internationales et aux organisations non gouvernementales en les priant de fournir toute la documentation nationale relative à l'action positive.
2. Le 6 juin 2000, le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme a envoyé le questionnaire susmentionné (reproduit en annexe) aux gouvernements, aux organisations internationales et aux organisations non gouvernementales.
3. Les délais étant trop courts pour que les gouvernements puissent répondre au questionnaire qui leur a été adressé, le présent rapport préliminaire analyse dans une première section les conventions internationales contenant des dispositions relatives à l'action positive et, dans une seconde section, en se fondant essentiellement sur l'examen de la doctrine, les limites que le droit international fixe à ce type de mesure.

I. LA NOTION D'ACTION POSITIVE DANS LE DROIT INTERNATIONAL

4. C'est généralement sous l'appellation de "mesures spéciales" que la notion d'action positive apparaît dans le droit international. Cette expression a été utilisée pour la première fois par le Gouvernement indien lors la rédaction du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. La délégation indienne avait proposé d'inclure dans le texte de l'article 2 un paragraphe explicatif libellé comme suit:

"Les mesures spéciales destinées au progrès de tout segment de la société, arriéré dans le domaine social ou dans celui de l'éducation, ne seront pas considérées comme une "distinction" aux fins du présent article." La Commission pourrait également insérer dans son rapport une déclaration précisant cette interprétation¹

5. Le représentant de l'Inde faisait observer que l'application du principe de non-discrimination posait certains problèmes dans le cas des groupes particulièrement arriérés qui subsistaient encore dans de nombreux pays sous-développés. Dans son pays, la Constitution et les lois prévoyaient des mesures spéciales pour assurer le progrès social et culturel de ces groupes, mesures qui étaient indispensables pour réaliser une véritable égalité sociale dans des sociétés extrêmement hétérogènes. Convaincue que les auteurs du projet de pacte n'avaient pas eu l'intention d'interdire de telles mesures, qui étaient en fait des mesures de protection, la délégation indienne jugeait essentiel de préciser que ces mesures protectrices ne seraient pas interprétées comme discriminatoires au sens du paragraphe 2 de l'article 2. Bien que expressément appuyée par d'autres représentants, la proposition de l'Inde avait été retirée. Il a été considéré que "la meilleure façon de remédier aux difficultés signalées par le représentant de l'Inde serait d'inclure dans le compte rendu des débats de la Commission une interprétation du texte plutôt que d'ajouter un paragraphe supplémentaire au (x) projet(s) de pacte (s)"².

6. Selon Craven, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ne vise pas une égalité absolue dans les résultats, c'est-à-dire une répartition égale des avantages matériels entre tous les membres de la société, mais prévoit un processus d'égalisation ayant pour effet de redistribuer les ressources sociales pour satisfaire les droits fondamentaux de chacun fondé sur la notion d'égalité des chances³. Dans son observation générale No 1, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels estime que le premier pas vers la concrétisation des droits énoncés dans le Pacte consiste à recenser les secteurs défavorisés de la population qui doivent faire l'objet d'une action positive de la part de l'État visant à assurer le plein exercice de leurs droits⁴.

7. La notion d'égalité de chances est expressément évoquée dans les articles 7 c) et 13 2) c) dudit Pacte. L'article 7 c) en particulier stipule que les seuls critères légitimes de promotion sont la durée des services accomplis et les aptitudes. Selon Craven, les États seraient tenus d'éliminer tous les autres obstacles à la promotion qui existeraient *de jure* et de facto, ce qui pourrait notamment impliquer l'obligation d'adopter des mesures positives visant à accroître les chances des groupes sociaux qui sont sous-représentés dans les postes de direction. L'article 13 2) c) stipule que l'enseignement supérieur doit être rendu accessible à tous en pleine égalité, en fonction des capacités de chacun. La possibilité d'adopter des mesures positives en faveur de certains groupes sociaux est confirmée dans les paragraphes 2 et 3 de l'article 10 du Pacte, qui disposent que des mesures spéciales de protection doivent être accordées aux mères avant et après la naissance de leur enfant, ainsi qu'aux enfants, surtout sur le lieu de travail.

8. Toutefois, Craven ajoute que tous les articles du Pacte semblent exclure la possibilité d'imposer des quotas pour la promotion professionnelle ou pour l'accès à l'enseignement supérieur et interdisent l'octroi d'avantages fondés sur d'autres considérations que la durée des services accomplis, les aptitudes et les capacités. Selon lui, dans l'un et l'autre cas, la mise en place de quotas pourrait néanmoins être justifiée dans la mesure où la formulation des articles n'exclut pas une "réalisation progressive". Un système qui réserve un certain pourcentage de places, dans l'enseignement supérieur, à des étudiants appartenant à un groupe particulier pourrait ainsi être justifié si sa contribution à la réalisation de l'objectif d'une égalité d'accès fondée sur les capacités pouvait être démontrée. Même dans cette hypothèse, les possibilités d'imposer des quotas dans l'enseignement supérieur et sur le marché du travail sont strictement limitées du fait que l'argument plus général de l'utilité sociale ne peut être invoqué pour les justifier.

9. Les observations générales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels sont elles aussi particulièrement intéressantes. L'observation générale No 5 stipule qu'un traitement spécial peut être légitimement accordé aux personnes souffrant d'un "handicap". Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ne comporte pas de disposition traitant expressément des personnes handicapées, probablement en raison d'un manque de sensibilisation à la question, mais l'observation générale susmentionnée stipule clairement que :

"L'obligation qui incombe aux États parties au Pacte de promouvoir la réalisation progressive des droits pertinents, dans toute la mesure de leurs moyens, exige à l'évidence que les gouvernements ne se contentent pas de s'abstenir de prendre des dispositions qui pourraient avoir une incidence défavorable sur les personnes souffrant d'un handicap. S'agissant d'un groupe aussi vulnérable et aussi désavantagé, cette obligation consiste à prendre des mesures concrètes pour réduire les désavantages structurels et accorder un

traitement préférentiel approprié aux personnes souffrant d'un handicap, afin d'arriver à assurer la participation pleine et entière et l'égalité, au sein de la société, de toutes ces personnes. D'où la nécessité presque inéluctable de mobiliser des ressources supplémentaires à ces fins et d'adopter un large éventail de mesures ponctuelles"⁵.

10. Dans son Observation générale No 13, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels soutient que l'adoption à titre temporaire de mesures spéciales destinées à garantir aux hommes et aux femmes et aux groupes défavorisés l'égalité de fait ne constitue pas une violation du principe de non-discrimination pour ce qui est du droit à l'éducation, dès lors que ces mesures ne conduisent pas à l'application aux divers groupes de normes inégales ou distinctes et à condition qu'elles ne soient pas maintenues une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient. Dans certaines circonstances, l'existence de systèmes ou d'établissements d'enseignement séparés destinés à ces groupes sera donc réputée ne pas constituer une violation du Pacte⁶.

11. Lorsque la Troisième Commission de l'Assemblée générale a examiné les dispositions traitant de la non-discrimination dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le représentant de l'Inde a soulevé à nouveau la question de l'action positive et a proposé que l'article 2 1) du Pacte soit suivi d'un paragraphe explicatif libellé comme suit : "Les mesures spéciales destinées à assurer le progrès de tout secteur socialement et culturellement retardé de la population ne seront pas considérées comme des distinctions au sens du présent article."

12. Le représentant de l'Inde a fait valoir qu'en raison de la manière dont elle avait été traitée dans le passé ou de circonstances historiques, une partie de la population devait bénéficier de privilèges et d'une protection plus étendue pendant un certain temps, afin de l'aider à rétablir l'égalité à laquelle elle avait droit et d'instaurer des conditions qui enlèveraient leur raison d'être à ces dispositions spéciales, les mêmes chances étant offertes à tous. Si la Commission ne désirait pas insérer ce paragraphe dans le projet de pacte, il conviendrait d'inclure un passage d'une teneur analogue dans son rapport. La Commission a souscrit de nouveau à l'observation faite par le représentant de l'Inde, et a souhaité que l'interprétation de ce dernier, qui ne soulevait aucune objection, figure expressément dans son rapport⁷. Il en a été de même concernant l'article 26⁸.

13. Dans son observation générale concernant l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui a trait à la non-discrimination en général, le Comité des droits de l'homme a fait observer que

"l'application du principe d'égalité suppose parfois de la part des États parties l'adoption de mesures en faveur de groupes désavantagés, visant à atténuer ou à supprimer les conditions qui font naître ou contribuent à perpétuer la discrimination interdite par le Pacte. 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 au regard du Pacte"⁹.

14. Le Comité des droits de l'homme a confirmé dans sa pratique cette position concernant l'action positive. Lors de l'examen d'un rapport de la Suède, il a été rappelé que l'article 26 ne faisait pas uniquement référence à l'égalité devant les tribunaux, mais aussi à la protection égale de la loi :

"... l'article 26 du Pacte ne visait pas seulement l'aspect pour ainsi dire négatif ou passif de la prévention des formes de discrimination au moyen de garanties d'égalité devant la loi - aspects déjà couverts par l'article 14 du Pacte - mais aussi l'aspect positif d'une 'protection contre la discrimination' pour les divers motifs énumérés".

15. Le représentant du Gouvernement suédois a répondu qu'il était d'accord que l'article 26 du Pacte demandait "une action positive pour éliminer la discrimination et non simplement des mesures passives de prévention"¹⁰.

16. Dans l'affaire *Stalla Costa c. Uruguay*, l'auteur de la communication dénonce la réintégration des agents de l'État qui avaient été licenciés abusivement pour des raisons idéologiques, politiques ou syndicales, en arguant que le traitement préférentiel dont ceux-ci bénéficient a hypothéqué de manière injuste ses propres chances d'accéder à la fonction publique. Le Comité a estimé que la discrimination alléguée constituait une mesure positive admissible en faveur d'un groupe antérieurement défavorisé. La loi réservant un traitement préférentiel aux personnes qui avaient été victimes de violations de l'article 26 du Pacte devait être considérée comme un "recours"¹¹.

17. Dans *Ballantyne, Davidson and McIntyre c. Canada*, le Comité a estimé qu'il n'était pas nécessaire, pour protéger les francophones en position vulnérable au Canada, d'interdire la publicité en anglais. Cette protection pouvait être assurée par d'autres moyens qui ne portaient pas atteinte à la liberté des commerçants de s'exprimer dans une langue de leur choix¹². Dans cette affaire, le Comité a considéré que l'action positive était allée trop loin, les moyens employés étant disproportionnés par rapport aux objectifs visés.

18. Les conclusions suivantes peuvent être tirées de l'examen du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Lors de la rédaction de ces deux instruments, il a été généralement admis que l'interdiction de toute discrimination ou distinction n'empêchait pas l'adoption de mesures positives en faveur de groupes défavorisés et qu'elle ne visait que les distinctions préjudiciables non fondées sur des motifs objectifs ou raisonnables. En outre, il a aussi été largement admis qu'égalité n'était pas synonyme de traitement identique pour tous et que dans certains cas, la loi pouvait légitimement établir des distinctions entre des individus ou des groupes.

19. Selon Thornberry, on peut donc en conclure que la notion d'action positive n'est pas contraire aux dispositions des deux Pactes¹³. Dans le même ordre d'idées, Vijapur soutient que le principe de non-discrimination consacré dans le droit international relatif aux droits de l'homme implique clairement l'octroi d'un traitement inégal à titre compensatoire aux individus et aux groupes qui diffèrent de la majorité de la population non pas par leur nationalité, leur langue ou leur religion, mais seulement par leur retard économique et social. Cette conclusion est, selon lui, étayée par l'incorporation de dispositions relatives à des mesures spéciales de protection dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme¹⁴. Certains auteurs estiment même que

l'idée qui sous-tend les observations générales est que les États parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques ont l'obligation d'entreprendre une action positive pour respecter leurs engagements en matière de non-discrimination¹⁵. Toutefois, il convient de souligner qu'aucun des deux Pactes n'a expressément reconnu le caractère obligatoire de l'action positive¹⁶ et que ni la forme de cette action ni le type situation en exigeant l'adoption n'ont été définies, compte tenu de la complexité de la question.

20. L'Organisation internationale du Travail (OIT) a été la première à adopter des conventions essentiellement incitatives visant à promouvoir la réalisation d'objectifs et la mise en œuvre de politiques précis. Elle a également élaboré des normes destinées à garantir le principe d'une rémunération égale à travail égal, qui est énoncé dans sa Constitution, et de l'égalité de tous les êtres humains, sans distinction de race, de croyance ou de sexe, qui est consacré dans la Déclaration concernant les buts et objectifs de l'OIT adoptée en 1944 par la Conférence internationale du Travail à Philadelphie.

21. En vertu de la Convention (No 111) concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession adoptée par l'OIT en 1958, qui vise principalement la discrimination raciale, mais s'applique aussi aux autres formes de discrimination, tout État membre s'engage à appliquer une politique nationale visant à promouvoir l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, afin d'éliminer toute discrimination en cette matière, à promulguer des lois à cet effet et à s'efforcer d'obtenir la collaboration des organisations d'employeurs et de travailleurs et d'autres organismes appropriés (art. 2 et 3). L'article 5 est l'un des premiers articles figurant dans un instrument international à autoriser explicitement l'adoption de "mesures spéciales de protection et d'assistance" destinées à tenir compte des besoins particuliers de personnes à l'égard desquelles une protection ou une assistance spéciale est, d'une façon générale, reconnue nécessaire pour des raisons telles que le sexe, l'âge, l'invalidité, les charges de famille ou le niveau social ou culturel. Il est clairement stipulé que ces mesures spéciales ne constituent pas des discriminations.

22. En 1960, une convention analogue relative à l'enseignement a été adoptée à l'UNESCO. Il s'agit de la Convention contre la discrimination raciale dans le domaine de l'enseignement, qui dans son article premier, considère expressément comme discriminatoire l'institution ou le maintien de systèmes d'enseignement séparés. Mais, aux termes de l'article 2, cette interdiction ne s'applique pas : i) aux systèmes d'enseignement séparés lorsque ces systèmes, pour des élèves des deux sexes, présentent des facilités d'accès à l'enseignement équivalentes; ii) aux systèmes séparés mis en place pour des motifs d'ordre religieux ou linguistique lorsqu'ils dispensent un enseignement qui correspond au choix des parents ou tuteurs légaux des élèves, si l'adhésion à ces systèmes est facultative et si l'enseignement dispensé est conforme à certaines normes; iii) lorsque les établissements d'enseignement privés ont pour objet non d'assurer l'exclusion d'un groupe quelconque, mais d'ajouter aux possibilités d'enseignement qu'offrent les pouvoirs publics, sous certaines conditions. Cet article ne fait pas mention de mesures spéciales de discrimination positive, mais se borne à décrire les situations où des systèmes d'enseignement séparés ne sont pas considérés comme discriminatoires. En outre, il ne vise pas explicitement les établissements d'enseignement spécial.

23. L'article 5 de ladite Convention reconnaît aux membres des minorités nationales le droit d'exercer des activités éducatives qui leur soient propres, y compris l'enseignement de leur propre

langue, à condition que ce droit ne soit pas exercé d'une manière qui empêche les membres de ces minorités de comprendre la culture et la langue de l'ensemble de la collectivité et de prendre part à ses activités, ou qui compromette la souveraineté nationale. Le niveau de l'enseignement dans ces écoles ne doit pas être inférieur au niveau général, et la fréquentation de ces écoles doit être facultative. Les États parties sont tenus de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer l'exercice de ce droit, mais rien ne les oblige à apporter une assistance financière ou autre aux groupes visés. Selon Thornberry, il s'agit d'une liberté négative par opposition à une liberté positive¹⁷. Il ressort également des travaux préparatoires que les mesures spéciales visant à répondre aux besoins de personnes se trouvant dans des situations particulières comme les enfants retardés, les aveugles, les immigrants et les analphabètes, ne constituent pas un traitement préférentiel "injustifié", mais donnent aux personnes démunies les moyens d'accéder à une véritable égalité¹⁸.

24. La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée en 1966, aborde au paragraphe 4 de l'article premier la question de la "discrimination positive" c'est-à-dire des mesures prises en faveur de certains groupes raciaux ou ethniques ou individus, afin de leur garantir l'exercice, dans des conditions d'égalité, de leurs droits et de leurs libertés fondamentales :

"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".

25. Ce paragraphe devrait être lu en liaison avec le paragraphe 2 de l'article 2 de la même Convention, lequel impose aux États parties l'obligation de prendre des mesures spéciales pour assurer comme il convient le développement ou la protection de certains groupes raciaux ou d'individus appartenant à ces groupes en vue de leur garantir, dans des conditions d'égalité, le plein exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il y est souligné que la protection de certains groupes ne constitue pas une discrimination à condition que les mesures prises ne soient pas maintenues en vigueur une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient.

26. Les deux articles susmentionnés découlent du paragraphe 3 de l'article 2 de la Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale adopté en 1963. Si la question de l'action positive est abordée deux fois dans la Convention, c'est que l'article premier définit la discrimination, puis expose au paragraphe 4 les conditions dans lesquelles l'application d'un traitement différent ne doit pas être considérée comme discriminatoire, tandis que l'article 2 énonce les obligations que la Convention impose aux États parties; dans les deux cas, l'accent est mis sur le caractère temporaire des mesures spéciales, en réaction contre le système de l'apartheid en vigueur à l'époque. Au cours du débat dont le paragraphe 4 de l'article premier a fait l'objet, certains représentants ont déclaré redouter que les mesures spéciales ne puissent être utilisées par des gouvernements pour pérenniser la séparation de certains groupes du reste de la population ou pour justifier le colonialisme. Toutefois, il a bien été précisé que

l'objectif ne devait pas être de renforcer les distinctions établies entre différents groupes raciaux, mais de veiller à ce que les personnes appartenant à ces groupes puissent s'intégrer à la collectivité, afin d'assurer le développement, dans des conditions d'égalité de tous les citoyens¹⁹.

27. Le paragraphe 4 de l'article premier de la Convention a été invoqué dans une affaire jugée en Australie, *Gerhardy c. Brown*, dans laquelle la loi de 1978 sur les droits fonciers des Pitjantjatjaras avait fait l'objet d'un recours pour discrimination raciale²⁰. Cette loi visait à empêcher toute personne n'appartenant pas au groupe des Pitjantjatjaras de pénétrer sur les terres de ce groupe, situées au nord-ouest de l'Australie méridionale, sans son autorisation. L'auteur du recours (Brown) était Aborigène, mais ne faisait pas partie des Pitjantjatjaras et n'avait donc pas le droit d'entrer sur leurs terres. La Cour suprême d'Australie a jugé qu'il n'y avait pas discrimination, la loi en question étant considérée comme une mesure spéciale au sens du paragraphe 4 de l'article premier de la Convention. Toutefois, cinq des sept juges ont fait valoir que, si le paragraphe 4 de l'article premier n'existait pas, les dispositions de la loi auraient été jugées discriminatoires car elles établissaient une distinction entre les Pitjantjatjaras et les autres, qui reposait notamment sur l'idée que ce groupe constituait une race. Les juges ont ainsi rejeté l'argument selon lequel la loi sur les droits fonciers était une simple reconnaissance de droits traditionnels de propriété qui, par conséquent, ne donnait lieu à aucune discrimination raciale, mais prenait en compte de manière raisonnable les liens traditionnels unissant les Pitjantjatjaras à leur terre.

28. Selon Brown, les juges australiens ont considéré que le paragraphe 1 de l'article premier de la Convention interdisait en fait toute discrimination officielle fondée, entre autres, sur la notion de race, quelle que soit sa "légitimité"²¹. Il s'ensuit que toute disposition introduisant une distinction fondée sur les origines autochtones est présumée discriminatoire, à moins d'être considérée comme une "mesure spéciale". Toutefois, selon Brown, le fait qu'un des principaux critères fasse référence à la race ne confère pas à la disposition en question un caractère discriminatoire sur le plan du droit, à condition que cette référence ait un fondement objectif et un motif raisonnable. Cette disposition ne devient discriminatoire en droit que lorsque la référence à la race est faite sans motif raisonnable et de manière arbitraire. Toutefois, dans le cas des droits traditionnels de propriété des Pitjantjatjaras, deux autres critères étaient pertinents, à savoir l'origine tribale et le régime traditionnel de propriété. Le fait que ce régime soit particulier à un certain groupe d'Aborigènes ne confère pas un caractère discriminatoire à la reconnaissance des droits fonciers de ce groupe. La reconnaissance juridique a un fondement objectif; elle n'est pas arbitraire et n'est discriminatoire qu'en ce qu'il y a coïncidence entre l'application de dispositions raisonnables et légitimes et l'origine raciale. En outre, les modalités du traitement différent réservé au groupe visé ne doivent pas avoir des effets disproportionnés sur les autres groupes. Il faut donc évaluer chaque situation particulière, notamment dans le cas de la reconnaissance de droits fonciers, les restrictions imposées à la liberté de mouvement soulevant la question de la proportionnalité. En d'autres termes, Brown soutient que même si l'octroi d'un traitement différent n'est pas discriminatoire en droit, les modalités de son application peuvent être abusives et donc discriminatoires au second degré.

29. Le Cycle d'études sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale, tenu en 1968, a servi de cadre à un important débat sur la légitimité des sièges et postes réservés et des contingents. Un participant a estimé que ces deux pratiques étaient un moyen essentiel de

promouvoir l'égalité, de droit et de fait, des personnes qui avaient été victimes de discrimination. D'autres participants ont néanmoins jugé préférable de mettre des moyens spéciaux à la disposition des groupes défavorisés afin de leur permettre d'acquérir les qualifications générales requises. Certes, cette dernière opinion est séduisante, mais les systèmes de sièges et postes réservés et de contingents ne sont pas nécessairement incompatibles avec le principe d'égalité, à condition de n'être appliqués qu'à titre provisoire et de ne pas être maintenus au-delà du temps nécessaire à la réalisation des objectifs pour lesquels ils avaient été imposés, à savoir remédier aux handicaps économiques et culturels des groupes défavorisés. La conclusion la plus importante du Cycle d'études était que même si la mise en place de tels systèmes pouvait être justifiée, elle devait toujours être d'une durée limitée²².

30. L'importance de la Déclaration de l'UNESCO sur la race et les préjugés raciaux (1978) ne saurait être sous-estimée, même s'il ne s'agit que d'une déclaration, car elle a recueilli une large adhésion et a été adoptée à l'unanimité par acclamation. On considère que cette déclaration fait désormais partie intégrante du droit international relatif aux droits de l'homme en tant qu'instrument international de portée générale consacrant la protection de l'identité des cultures et des groupes ainsi que l'importance de la diversité. L'article premier de la Déclaration stipule que tous les individus et tous les groupes ont le droit d'être différents, de se concevoir et d'être perçus comme tels. Le droit à la différence ne peut toutefois servir de prétexte aux préjugés raciaux, légitimer les pratiques discriminatoires ou fonder la politique de l'apartheid. Aux termes du paragraphe 2 de l'article 9, des mesures spéciales doivent être prises en vue d'assurer l'égalité en dignité et en droit des individus et des groupes partout où cela est nécessaire en évitant de leur donner un caractère qui pourrait paraître discriminatoire sur le plan racial. Cet article n'évoque pas la notion de "progrès adéquat" comme objectif des mesures spéciales; de ce fait, la Déclaration est un peu moins paternaliste et témoigne aux groupes qui sont différents le respect qui leur est dû.

31. L'article 9 2) stipule également qu'une attention particulière doit être accordée aux groupes raciaux ou ethniques socialement ou économiquement défavorisés afin de leur assurer, en pleine égalité et sans discrimination ni restriction, la protection des lois et règlements, ainsi que le bénéfice des mesures sociales en vigueur, notamment en matière de logement, d'emploi et de santé, et de faciliter, en particulier par l'éducation, leur promotion sociale et professionnelle²³. Le fait que des mesures sociales et économiques soient mentionnées explicitement constitue une nouveauté; de plus, ces mesures doivent respecter l'authenticité de la culture et des valeurs des personnes auxquelles elles sont destinées. Dans le même ordre d'idées, le préambule s'oppose fermement à toute forme d'assimilation. La Déclaration de l'UNESCO est novatrice dans la mesure où elle énonce la nécessité d'une action positive et reconnaît en même temps le droit à la différence.

32. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979) trouve son origine dans l'article 3 des deux Pactes internationaux :

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

33. De nombreux représentants pensaient que l'article en question faisait double emploi avec les dispositions générales relatives à la non-discrimination figurant à l'article 2 des deux Pactes internationaux et à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il a

néanmoins été fait observer que l'article 3 ne se contentait pas d'énoncer le principe de l'égalité, mais imposait aux États de traduire ce dernier dans les faits²⁴. Ainsi, dans son Observation générale No 4, le Comité des droits de l'homme a affirmé que l'article 3 du Pacte, comme le paragraphe 1 de l'article 2 et l'article 26, dans la mesure où ils ont essentiellement pour objet la prévention de la discrimination sous un certain nombre de formes, et notamment de la discrimination fondée sur le sexe, n'exigent pas seulement des mesures de protection, mais aussi une action constructive visant à assurer la jouissance positive des droits, ce qui ne peut être réalisé par la simple adoption de lois²⁵.

34. En 1975, l'OIT a adopté la Déclaration sur l'égalité de chances et de traitement pour les travailleuses²⁶. Le paragraphe 2 de l'article premier stipule sans ambiguïté qu'un traitement spécial positif pendant une période transitoire, visant une égalité effective entre les sexes, ne sera pas considéré comme discriminatoire²⁷. De l'avis de MacKean, cette formulation résume bien la thèse selon laquelle la réalisation de la véritable égalité recherchée par les instruments internationaux n'exige pas forcément un traitement identique pour tous, et que des mesures spéciales positives sont parfaitement compatibles avec l'égalité et ne sont pas discriminatoires s'il y est mis fin une fois leur objectif atteint. Dans le même esprit, l'UNESCO a décidé en 1979 que tant que la "pleine égalité" des chances en matière d'éducation et de formation ne sera pas assurée, des programmes spéciaux devront être expressément prévus à l'intention des jeunes filles et des femmes, compte tenu des handicaps dont elles souffrent, afin de les aider à réduire et à rattraper à terme leur retard²⁸.

35. Durant la rédaction de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, la question de l'adoption de mesures spéciales a été débattue. Il a été souligné que la mise en place de dispositions temporaires en faveur des femmes visant à réaliser une égalité de fait ne devait pas être considérée comme discriminatoire. L'article 4 de la Convention stipule expressément que :

"1. L'adoption par les États parties de mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes n'est pas considérée comme un acte de discrimination tel qu'il est défini dans la présente Convention, mais ne doit en aucune façon avoir pour conséquence le maintien de normes inégales ou distinctes; ces mesures doivent être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chances et de traitement ont été atteints.

2. L'adoption par les États parties de mesures spéciales, y compris de mesures prévues dans la présente Convention, qui visent à protéger la maternité, n'est pas considérée comme un acte discriminatoire".

36. Cet article était controversé, comme l'ont montré les réactions de la France et du Royaume-Uni, qui soutenaient que la Convention ne devait en aucun cas obliger les gouvernements à imposer une "discrimination à rebours", entendant par là une "discrimination en faveur des femmes" car cela revenait - sauf dans certaines situations bien définies - à s'écarter définitivement de l'objectif de l'égalité de traitement et de chances et ne servirait pas les intérêts à long terme des femmes elles-mêmes. La Convention devait en revanche autoriser, mais non exiger, l'adoption de mesures positives temporaires dans des domaines particuliers pour instaurer l'égalité de chances lorsqu'il fallait remédier à des situations où les femmes étaient historiquement

défavorisées. Les États ont admis la nécessité, même si cela pouvait apparaître discriminatoire, de réparer les torts que les femmes avaient subis dans le passé en raison de leur sexe. Toutefois, il a été souligné que les mesures spéciales devaient être considérées comme essentiellement temporaires et destinées à devenir inutiles à terme²⁹.

37. Les mesures de protection spéciale concernant la maternité ont également posé problème. Certains États estimaient en effet que la constitution physique d'un individu ne dépendait pas de son sexe, mais était un critère qui s'appliquait à la fois aux femmes et aux hommes. Selon MacKean, la controverse était due à un malentendu terminologique largement répandu. En effet, si par "égalité de traitement", on entend un traitement "analogue" ou "identique", les mesures spéciales sont à l'évidence inégalitaires, mais si l'égalité est interprétée dans un sens normatif, les difficultés disparaissent. De même, si par discrimination, on entend un traitement différencié injustifiable ou abusif, on est en droit de se demander si certaines dispositions sont objectivement justifiables. Cela peut être facilement démontré dans le cas de mesures visant à protéger les fonctions physiologiques des femmes, en particulier la procréation. Mais, comme l'exemple de l'OIT le montre, on considère de plus en plus que les mesures visant à accorder aux femmes une protection liée à leur constitution physique pourraient également être appliquées à certains hommes³⁰. Par ailleurs, lors de la rédaction de la Convention, les avis étaient partagés : cette convention devait-elle traiter de l'égalité entre les hommes et les femmes ou de l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes ?

38. Dans l'étude commandée par le Comité directeur pour l'égalité entre les femmes et les hommes du Conseil de l'Europe, Vogel-Polsky estimait que les États qui étaient devenus parties à la Convention sans formuler de réserves sur l'article 4 s'étaient engagés non seulement à éliminer la discrimination à l'égard des femmes, mais aussi à rétablir l'égalité entre les hommes et les femmes dans tous les domaines de la vie sociale en adoptant des mesures appropriées, et plus précisément des mesures positives³¹. Cette position semble néanmoins excessive. En effet, il est important de noter que, sur la base des travaux préparatoires et des intentions des auteurs, la Convention a un caractère incitatif et programmatique et n'impose pas d'obligation juridique contraignante à effet immédiat. L'article 4 donne simplement la possibilité d'assurer une égalité de facto grâce à une action positive et reconnaît qu'une telle action ne doit pas être considérée comme discriminatoire³². Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a néanmoins constaté qu'il demeurerait nécessaire d'agir pour pleinement appliquer la Convention grâce à la mise en œuvre de mesures visant à favoriser l'égalité de fait entre hommes et femmes. Il a recommandé 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'emploi³³.

39. Les articles suivants de la Convention garantissent divers droits, en prenant soin de stipuler à chaque fois que les États parties doivent prendre "toutes les mesures appropriées". Selon Vogel-Polsky, la Convention fait obligation aux États de prendre "toutes les mesures appropriées", ce qui non seulement rend indispensable l'adoption des "mesures temporaires spéciales" mentionnées dans l'article 4, mais en fait la solution la plus appropriée compte tenu que la Convention vise l'égalité de fait. Vogel-Polsky soutient que son interprétation de la relation entre les divers droits énoncés dans la Convention et l'article 4 (qui consacre universellement l'action positive) est directement inspirée du principe de l'"effet utile" en droit international³⁴.

Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes semble souscrire à cette interprétation.

40. Dans sa recommandation générale No 23 sur la vie politique et publique, le Comité consacre le paragraphe suivant aux mesures temporaires spéciales :

"L'élimination des obstacles juridiques, bien que nécessaire, ne suffit pas. Le fait que les femmes ne participent pas pleinement et à égalité avec les hommes à la vie publique ne résulte pas nécessairement d'une volonté délibérée de les en empêcher mais peut découler de pratiques et de procédures dépassées qui favorisent les hommes sans qu'on y prenne garde. Aux termes de l'article 4, la Convention encourage le recours à des mesures temporaires spéciales afin de donner plein effet aux articles 7 et 8. Dans les pays qui se sont dotés de stratégies temporaires visant à permettre aux femmes de participer à la vie publique dans des conditions d'égalité, une large gamme de mesures ont été prises, qui consistent notamment à recruter, aider financièrement et former les candidates à des élections, à modifier le mode de scrutin, à organiser des campagnes promouvant l'égalité des femmes avec les hommes dans la vie publique, à fixer des objectifs quantitatifs et des quotas et à nommer des femmes à des postes publics dans l'administration judiciaire et dans d'autres secteurs professionnels jouant un rôle de premier plan dans la vie sociale. L'élimination de ces obstacles et l'adoption de mesures temporaires spéciales visant à favoriser la participation des femmes et des hommes à la vie publique dans des proportions égales sont des conditions préalables indispensables à une authentique égalité politique. Toutefois, si l'on veut effacer des siècles de domination masculine dans les affaires publiques, il faut que tous les secteurs de la société encouragent et aident les femmes à sortir de l'ornière et que les États parties à la Convention ainsi que les partis politiques et les personnalités publiques ouvrent la voie dans ce domaine. Les États parties sont tenus de s'assurer que les mesures temporaires spéciales qu'ils prennent sont expressément conçues pour favoriser le respect du principe d'égalité et donc conformes aux principes constitutionnels garantissant l'égalité de tous les citoyens"³⁵.

II. LES LIMITES FIXÉES À L'ACTION POSITIVE

41. Le droit international fixe deux principales limites à l'action affirmative :

- a) Elle ne doit pas se traduire par une discrimination;
- b) Les mesures prises à ce titre doivent être temporaires.

A. L'interdiction de la discrimination

42. Un élément particulièrement important à prendre en compte lorsque l'on évalue les mesures d'action positive est leur rapport au principe de non-discrimination, lequel est la formulation inverse du principe d'égalité et l'un des principaux droits fondamentaux de la personne humaine, sinon le principal. Le principe d'égalité est solennellement affirmé dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 en ces termes : "Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits" et à l'Article premier de la Charte des Nations Unies, qui dispose que l'un des buts de l'Organisation est de "réaliser la coopération internationale (...) en développant

et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion". Une disposition analogue figure dans tous les instruments relatifs aux droits de l'homme adoptés par les systèmes internationaux régionaux tels que le Conseil de l'Europe, l'Organisation des États américains et l'Organisation de l'unité africaine.

43. La non-discrimination est essentiellement un moyen juridique auquel on a recours pour remédier à une inégalité injustifiée, en partant du principe qu'un État ne peut légitimement désavantager un individu de façon arbitraire³⁶. L'interdiction de la discrimination figure dans tous les instruments internationaux.

44. Il peut y avoir contradiction entre la non-discrimination et l'action positive si cette dernière n'est pas soigneusement délimitée. Lorsqu'en vertu du principe de non-discrimination, des facteurs comme la race, le sexe, la nationalité, etc., sont exclus des processus de prise de décisions au sein d'une société, l'action positive vise à assurer une pleine égalité réelle en prenant ces facteurs en compte³⁷. Dans son désir d'assurer l'égalité, l'action positive peut toutefois prendre des formes extrêmes, violant de ce fait le principe de non-discrimination. Il convient donc de veiller soigneusement à ce que les politiques d'action positive n'aillent pas à l'encontre du principe même de non-discrimination. Pour comprendre à partir de quel moment l'action positive devient discrimination, il est utile d'examiner de près les travaux préparatoires de plusieurs instruments internationaux énonçant des principes relatifs à la non-discrimination.

45. Lors de l'élaboration de la disposition de l'article 7 de la Déclaration universelle concernant la non-discrimination, Eleanor Roosevelt, Présidente de la Commission des droits de l'homme de l'ONU, avait affirmé qu'égalité n'était pas synonyme de traitement identique pour les hommes et les femmes dans tous les domaines, car dans certains cas un traitement distinct est essentiel. C'était là réaffirmer clairement l'idée que "l'égalité" devait s'entendre non seulement au sens formel du terme mais également dans un sens normatif³⁸ qui, selon Lauterpacht, implique l'égalité par rapport à la situation³⁹.

46. L'ambiguïté de la terminologie utilisée dans les dispositions des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme qui concernent la non-discrimination, où les termes "distinction" et "discrimination" sont employés indifféremment pour désigner le même concept, est source d'une grande confusion⁴⁰. Il y a par exemple incohérence entre l'article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui garantit que "les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune", et l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui garantit "les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune".

47. L'article 14 de la version française de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que "la jouissance des droits et libertés reconnue 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", alors que la version anglaise utilise le terme "discrimination".

48. Bien qu'aucune référence explicite à ces incohérences dans les travaux préparatoires ne permette de les expliquer, il convient d'admettre que, quel que soit le terme utilisé, l'intention des auteurs était de faire en sorte que les deux Pactes et la Convention européenne assurent le même niveau de protection. L'un et l'autre termes n'excluent de toute évidence la "discrimination" qu'au sens de "distinction" "arbitraire" ou "injuste".

49. L'idée que toutes les distinctions ne sont pas illégales a pris une importance cruciale lors de l'élaboration du paragraphe 2 de l'article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, au cours de laquelle un amendement déposé par trois puissances (l'Argentine, l'Italie et le Mexique) tendant à remplacer le terme "distinction" par le terme "discrimination" a été adopté à une écrasante majorité⁴¹. L'intention déclarée était d'établir que certaines distinctions pouvaient être justifiées pour améliorer la situation de certains secteurs défavorisés et arriérés de la population.

50. De même, dans son observation générale sur l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui énonce le principe général de non-discrimination, le Comité des droits de l'homme a souligné que "la jouissance des droits et des libertés dans des conditions d'égalité n'implique cependant pas dans tous les cas un traitement identique" et que "toute différenciation ne constitue pas une discrimination"⁴².

51. Dans le même esprit, la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire linguistique belge, a affirmé 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 ('sans discrimination')"⁴³.

52. Le concept de non-discrimination a été précisé plus avant dans un certain nombre d'études effectuées par des rapporteurs spéciaux de la Sous-Commission⁴⁴. La doctrine juridique moderne retient les principes suivants :

a) Il est aujourd'hui universellement admis que le terme "discrimination" doit être réservé à des différences de traitement arbitraires et illégales⁴⁵. "Distinction", en revanche, est un terme neutre utilisé dans le cas d'une différence de traitement dont le bien-fondé reste à déterminer. "Différenciation", au contraire, s'emploie lorsqu'une telle différence a été réputée légale⁴⁶;

b) Toute différence de traitement n'est donc pas illégitime, seuls sont interdits les traitements qui ont pour effet d'opérer une discrimination. La question qui se pose alors est de savoir quand une différence de traitement devient inacceptable, ou quand une quelconque distinction peut se justifier⁴⁷.

53. Les tribunaux internationaux et les spécialistes se sont efforcés de définir les critères permettant de déterminer si une différence de traitement donnée contrevient ou non au principe de non-discrimination.

54. Dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, le juge Tanaka a affirmé que l'égalité constituant le principe et un traitement différent l'exception, la raison d'être et le caractère raisonnable de toute

différence de traitement devaient être établis; une telle différence de traitement ne doit pas être décidée arbitrairement mais conformément à la justice⁴⁸.

55. Dans l'affaire *linguistique belge*, la Cour européenne, suivant en cela les principes qui se dégagent de la pratique judiciaire d'un grand nombre d'États démocratiques, a jugé que

"le principe d'égalité est violé si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport aux buts 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"⁴⁹.

56. Ces principes ont ultérieurement été appliqués dans un grand nombre d'affaires⁵⁰.

57. Le Comité des droits de l'homme de l'ONU a fait sienne la position de la Cour des droits de l'homme et déclaré dans son observation générale No 18 :

"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"⁵¹.

58. Divers auteurs ont par ailleurs analysé les différents éléments constitutifs de la discrimination⁵². L'un de ces éléments est la considération qui fonde la distinction. L'énumération, dans les instruments généraux relatifs aux droits de l'homme des considérations qui n'autorisent aucune distinction, n'est pas exhaustive, comme le montre clairement le fait qu'alors que la Charte en mentionne quatre (race, langue, religion et sexe), elles sont au nombre de 12 dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et les deux Pactes, et de 13 dans la Convention européenne sur les droits de l'homme, ainsi que le fait que cette énumération y est précédée de termes comme "notamment".

59. Il s'ensuit qu'une distinction fondée sur une autre considération peut être arbitraire et que certaines distinctions fondées sur certaines des considérations énumérées ne sont pas nécessairement illégitimes. Le motif n'en demeure pas moins important pour déterminer si la distinction est arbitraire ou non. Ce n'est toutefois pas le motif lui-même qui est décisif, mais son rapport ou sa relation avec le droit sur lequel porte la distinction. Il faut qu'il y ait un "lien suffisant" entre le droit et le motif, autrement dit le motif doit être jugé "pertinent" par rapport au droit spécifique dont l'application fait l'objet d'une distinction. Ce ne sont pas la finalité générale ou l'objectif de la législation qui sont décisifs, mais la pertinence du motif par rapport au droit particulier sur lequel elle porte. Une distinction établie par la loi à des fins parfaitement légitimes peut néanmoins être discriminatoire – et constituer en tant que telle une violation des droits de l'homme – si le motif qui fonde cette distinction ne peut être considéré comme pertinent par rapport au droit en cause.

60. Remplacer la notion d'"arbitraire" par celle de "non-pertinence" ne revient pas simplement à substituer un mot à un autre. La différence tient au niveau auquel doit être apprécié le caractère illégitime de la distinction. Si cette appréciation devait se faire par rapport aux buts et objectifs généraux de la législation, elle serait purement politique et sans valeur du point de vue judiciaire. Une règle de droit, en effet, n'est pas nécessairement légitime parce que son but l'est. Le droit, en tant que moyen technique d'atteindre certains buts, doit respecter certaines exigences qui lui sont inhérentes, et dont la plus fondamentale est le respect du principe d'égalité, lequel interdit toute distinction fondée sur des considérations sans rapport avec le droit ou la liberté en cause.

61. Même si elle suppose un jugement de valeur qui peut être influencé par des considérations politiques, l'appréciation de la pertinence du motif en fonction de son rapport au droit ou à la liberté en cause n'en demeure pas moins un acte judiciaire. La détermination préalable du motif (qui fonde la distinction) et l'identification du domaine (dans lequel cette distinction est pratiquée) en tant que droit réduit l'élément politique au strict minimum et garantit la nature juridique de cette appréciation. C'est fondamentalement selon cette même approche que devraient être appréciées les distinctions établies dans le cadre d'une politique "d'action positive".

62. Des mesures spéciales peuvent incontestablement être nécessaires pour assurer l'accès à la pleine égalité de catégories de la population qui, parfois depuis des siècles, sont socialement désavantagées. Mais il doit être clair que l'on ne saurait considérer comme légitime toute mesure prise à cette fin, indépendamment des considérations qui la fondent ou de la nature du droit qu'elle confère. Même s'il est établi que les considérations qui fondent les distinctions opérées dans le cadre d'une politique d'action positive sont celles mêmes qui sont à l'origine des inégalités préexistantes, les règles juridiques correspondantes n'en doivent pas moins satisfaire au principe de l'égalité.

63. Le simple fait qu'une catégorie particulière de la population est ou a été socialement ou économiquement défavorisée ne signifie pas que, pour améliorer sa situation matérielle, il faille considérer comme légitime une différenciation fondée sur sa caractéristique distinctive, alors même que celle-ci n'a aucun rapport avec un droit donné. Il ne serait pas défendable d'assurer des avantages sociaux particuliers à des personnes qui n'en ont pas besoin mais qui appartiennent à la catégorie traditionnellement défavorisée, et de refuser ces mêmes avantages à des personnes qui en ont besoin mais qui appartiennent à la catégorie sociale jusque-là plus favorisée.

64. L'action positive devrait être axée sur des mesures visant à répondre aux besoins particuliers de la catégorie que l'on entend favoriser, plutôt que des mesures prises au bénéfice de cette seule catégorie, définie en fonction d'une caractéristique qui la distingue des autres membres de la population, mais qui n'a aucun rapport avec le droit en cause. C'est par un choix judicieux de mesures prises en temps et lieu opportuns que l'on parviendra à améliorer la situation de la catégorie cible sans violer les droits – y compris le droit à une égale protection de la loi sans discrimination – des personnes qui n'appartiennent pas à cette catégorie. On ne saurait en aucun cas priver quelqu'un d'un droit fondamental sous prétexte d'aider, ce faisant, des groupes particulièrement défavorisés à surmonter les conséquences de la discrimination dont ils ont précédemment été victimes⁵³.

65. Un programme d'action positive ne doit pas être interprété comme justifiant toute distinction, quel qu'en soit le motif et quel que soit le droit concerné, simplement parce qu'elle

visé à améliorer la situation d'individus ou de groupes désavantagés. Une telle interprétation justifierait une législation absurde, totalement contraire au respect des droits de l'homme et au principe d'égalité ou de non-discrimination qui en constitue le fondement.

B. Les mesures prises au titre de l'action positive doivent être temporaires

66. La "durée limitée" des mesures spéciales est une exigence constamment réaffirmée dans le droit international. La position adoptée à cet égard est que, si l'acceptation d'une action positive n'est pas contraire au droit international, elle ne permet pas d'ignorer les limites de cette action aux termes des Pactes⁵⁴. Il s'ensuit que ces mesures ne doivent pas aboutir au maintien de normes inégales ou distinctes et qu'il devra y être mis fin une fois atteints les objectifs ayant motivé leur adoption⁵⁵.

67. Il faut à tout prix éviter que l'action positive aboutisse à une stigmatisation ou à une situation comme celle qui avait cours antérieurement aux États-Unis où, en vertu de la doctrine "séparés mais égaux", les Noirs jouissaient des mêmes droits que les Blancs, mais étaient contraints de les exercer isolément ou, pire encore, qu'elle ne débouche sur un nouvel apartheid⁵⁶. L'exigence de "durée limitée" fait apparaître la différence entre deux notions du droit international qui se recouvrent partiellement, celles de "protection des minorités" et de "prévention de la discrimination".

68. Les minorités et les catégories défavorisées peuvent bien entendu invoquer les unes et les autres le principe de la non-discrimination qui les protège de toute discrimination fondée sur la race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique et la langue. Elles peuvent de même bénéficier les unes et les autres de mesures spéciales, aux conditions susmentionnées, à savoir que ces mesures doivent être de durée limitée et ne doivent pas, pour remédier à un traitement discriminatoire ou une discrimination structurelle antérieurs, se traduire elles-mêmes par une discrimination.

69. Il est clair cependant que des mesures spéciales de ce genre ne suffisent pas à répondre à toutes les questions que pose l'exercice, par les personnes appartenant à des minorités, de leurs droits de jouir de leur propre culture, de professer et de pratiquer leur propre religion et d'utiliser leur propre langue. L'exercice de ces droits exige que les États prennent en permanence des mesures visant à assurer leur protection, ce qui est une notion plus large.

70. La "protection des minorités" est l'un des plus vieux concepts du droit international, puisqu'il remonte aux XVI^e et XVII^e siècles, lorsque, du fait de l'avènement de l'État-nation, le problème des groupes minoritaires commença à se poser⁵⁷. De nombreux traités ont été conclus au bénéfice de groupes spécifiques, par exemple le Traité de Paris du 30 mars 1856, dont certaines dispositions portent sur la protection des minorités chrétiennes dans l'Empire ottoman. Le Traité de Berlin du 13 juillet 1878 est particulièrement intéressant de par le statut juridique spécial qu'il accorde à certains groupes religieux. La protection assurée par ces traités n'était que partielle et ils n'instituaient aucun mécanisme visant à la garantir. Il n'en ont pas moins servi de modèle au "système des minorités" ultérieurement établi dans le cadre de la Société des Nations⁵⁸.

71. La formulation des traités conclus dans le cadre du "système des minorités" était complexe, mais un examen de leurs clauses permet de constater qu'ils visaient à établir deux principes⁵⁹ :

1. Le principe de la non-discrimination, garantissant l'égle jouissance, par les ressortissants appartenant à des minorités raciales , linguistiques ou religieuses, des droits civils et politiques.
2. Le principe que les personnes appartenant à des groupes minoritaires devaient se voir garantir un certain nombre de droits spéciaux leur permettant de préserver et de développer leur culture et leur sentiment d'identité nationale, en particulier le droit égal à créer des institutions scolaires, religieuses, charitables ou autres institutions sociales à leurs frais, à utiliser leur propre langue, même devant les tribunaux, et à exercer librement leur propre religion. En outre, dans les villes et districts où vivait une proportion considérable de citoyens parlant une langue autre que la langue officielle de l'État, leurs enfants devaient bénéficier d'un enseignement primaire dispensé dans cette langue. Enfin, les traités disposaient que dans les villes et districts où vivait une proportion considérable de ressortissants appartenant à des minorités raciales, religieuses ou linguistiques, ceux-ci bénéficiaient, sur un pied d'égalité avec les autres habitants, des fonds publics alloués par l'État, les municipalités ou toutes autres sources de financement à des fins éducatives, religieuses ou charitables. Certains traités mentionnaient aussi un droit limité à l'autonomie.

72. La finalité des traités relatifs aux minorités conclus dans le cadre de la Société des Nations était donc double : assurer l'égalité des minorités par rapport au reste de la population et préserver les caractéristiques et l'identité propres de ces minorités.

73. Une importante jurisprudence relative à ces droits spéciaux a été développée par la Cour permanente de Justice internationale, qui a confirmé cette double approche. Le Conseil de la Société des Nations a soumis à la Cour permanente cinq affaires pour avis consultatif : trois concernant les minorités allemandes en Pologne, une concernant la minorité polonaise à Dantzig et une concernant la minorité grecque en Albanie.

74. Le jugement de la Cour dans l'*affaire des écoles minoritaires en Albanie* est particulièrement important. Le différend portait sur un amendement à la Constitution albanaise abolissant toutes les écoles privées dans le pays. La minorité grecque soutenait que cet amendement violait la Déclaration albanaise de 1921 concernant la protection des minorités. Le Gouvernement albanaise pour sa part soutenait que, dans la mesure où l'abolition des écoles privées était une mesure générale applicable aussi bien à la majorité qu'à la minorité, elle était conforme à la Déclaration.

75. De façon plus générale, la Cour permanente a affirmé ce qui suit :

"L'égalité en droit exclut toute discrimination; l'égalité en fait peut, en revanche, rendre nécessaire des traitements différents en vue d'arriver à un résultat qui établisse l'équilibre entre des situations différentes. On peut facilement imaginer des cas dans lesquels un traitement égal de la majorité et de la minorité, dont la condition et les besoins sont

différents, aboutirait à une inégalité en fait ... L'égalité entre majoritaires et minoritaires doit être une égalité effective, réelle."⁶⁰

76. En ce qui concerne les écoles privées de la minorité grecque en Albanie, la Cour s'est prononcée comme suit :

"Les institutions visées sont indispensables afin que la minorité puisse jouir, non seulement en droit, mais aussi en fait, du même traitement que la majorité. La suppression de ces institutions, qui seules peuvent satisfaire aux besoins propres des collectivités minoritaires, et leur remplacement par des institutions d'État, romprait cette égalité de traitement, car elle aurait pour effet de priver la minorité des institutions appropriées, alors que la majorité continuerait à les trouver dans les institutions créées par l'État."

77. L'histoire ayant montré que des États comme l'Allemagne prenaient prétexte de ces dispositions relatives aux minorités pour intervenir militairement, dans la plupart des traités de paix signés après la Seconde Guerre mondiale, à quelques exceptions près, des clauses de non-discrimination ont remplacé les clauses protégeant les minorités, tombées dans le discrédit du fait de l'interprétation abusive qu'en avait fait l'Allemagne et de l'échec de la Société des Nations qui s'en était suivi.

78. Plutôt que les droits de l'homme d'un groupe, ce sont les droits de l'homme et les libertés de l'individu que l'on s'employa par la suite à protéger, selon une nouvelle approche reposant sur la seule application du principe de non-discrimination, et consistant, en cas de violation des droits d'une personne fondée sur une caractéristique collective, que ce soit la race, la religion, la nationalité, etc., à assurer la protection des droits de cette personne à titre purement individuel. L'égalité et la non-discrimination sont devenues des principes fondamentaux inscrits dans tous les textes relatifs aux droits de l'homme rédigés après la Seconde Guerre mondiale. La création et le fonctionnement de l'Organisation des Nations Unies procèdent intégralement à cette approche. La notion de protection des minorités n'en a pas moins continué à figurer dans certains instruments internationaux.

79. La première session, en 1947, de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités a donné lieu à une discussion sur le sens des termes "prévention de la discrimination" et "protection des minorités"⁶¹, qui a permis d'établir qu'il existait une différence fondamentale entre ces deux notions. La "discrimination", a indiqué la Sous-Commission, implique un acte ou un comportement déniaient à des individus ou à des groupes de personnes l'égalité de traitement qu'ils peuvent souhaiter. La protection des minorités est la protection des groupes qui ne sont pas dominants dans un pays et qui, tout en souhaitant d'une manière générale être traités sur un pied d'égalité avec la majorité, désirent, dans une certaine mesure, *un traitement différentiel* destiné à préserver les caractéristiques fondamentales qui les distinguent de la majorité de la population. La protection s'applique également aux individus appartenant à ces groupes et désirant la même protection. Il en résulte que le traitement différentiel appliqué à ces groupes ou à des individus appartenant à ces groupes est justifié, s'il vise à satisfaire l'ensemble de la communauté et à assurer son bien-être.

80. La notion de "protection des minorités" a été élaborée plus avant dans un mémorandum du Secrétaire général intitulé *Formes et causes principales de la discrimination*⁶². Il y fait valoir que,

si la protection des minorités s'inspire pareillement du principe de l'égalité de traitement pour tous, elle exige une action positive, telle que la création d'écoles dans lesquelles l'instruction est donnée dans la langue maternelle d'un groupe minoritaire, lorsque ce groupe désire garder différentes sa langue et sa culture⁶³.

81. Si le but de la protection des minorités diffère apparemment de celui de la lutte contre les mesures discriminatoires, poursuivait le Secrétaire général, il n'y a en réalité aucune contradiction à viser simultanément la protection des minorités et la lutte contre les mesures discriminatoires. Dans l'un et l'autre cas, on désire obtenir et maintenir effectivement l'égalité de traitement entre tous les peuples. La prévention de la discrimination et la protection des minorités représentent deux façons différentes de mettre en œuvre une même idée, celle de l'égalité de traitement pour tous. La première exige l'élimination de toute distinction imposée, alors que la seconde exige des garanties visant à préserver certaines distinctions volontairement maintenues.

82. Dans son rapport sur *La protection des minorités*, A. Eide⁶⁴ indique que l'action positive peut constituer une solution aux problèmes relatifs aux minorités, mais ajoute toutefois qu'elle peut aboutir à des conflits entre groupes, raison pour laquelle des mesures de ce genre ne devraient pas être maintenues après que l'égalité recherchée a été atteinte⁶⁵.

83. Les mesures d'action positive sont temporaires et palliatives, destinées à remédier à une situation qui entrave l'égale jouissance des droits, tandis que les mesures de protection des minorités tendent à préserver l'identité d'un groupe⁶⁶.

¹ Document des Nations Unies A/C.3/SR.1182, par. 17.

² Document des Nations Unies A/C.3/SR.1183, par. 12 et 29.

³ M. Craven, The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, a perspective on its development, Oxford Clarendon Press, 1995, p. 158.

⁴ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale No 1, par. 3, dans HRI/GEN/Rev.4 (2000).

⁵ Ibid., Observation générale N° 5, par. 9.

⁶ Ibid., Observation générale No 13, par. 32 et 33.

⁷ A/C.3/SR.1257, par. 18; A/C.3/SR.1258, par. 18, 38, 45 et 47; A/C.3/SR.1259, par. 33. Voir M. Bossuyt, Guide to the "Travaux préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p. 55.

⁸ Document des Nations Unies E/CN.4/SR.122, p. 8, 9, 11 et 12.

⁹ Comité des droits de l'homme, Observation générale No 18, par. 10, dans HRI/GEN/1/Rev.4 (2000).

¹⁰ Document des Nations Unies CCPR/C/SR.189, par. 15 et 16. J.J. Paust ("The permissibility of affirmative action in higher education under human rights law", New York City Law Review, 1998, p. 95 et 96), partage le point de vue selon lequel l'expression "protection égale" devrait être interprétée dans un sens qui autorise l'adoption de mesures spéciales d'action positive visant à assurer une "protection" "égale" et efficace contre les actes de discrimination.

¹¹ Communication No 198/1985, dans Sélection de décisions du Comité des droits de l'homme prises en vertu du Protocole facultatif, vol. 2 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.89.XIV.1).

¹² Communication No 385/1989, dans Documents officiels de la quarante-huitième session de l'Assemblée générale, supplément No 40 (A/48/40), vol. II, annexe XII, section P.

¹³ P. Thornberry, International Law and the Rights of Minorities, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 284. Faisant référence à l'article 1 4) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et à l'article 4 1) de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, qui contiennent des dispositions explicites sur la légitimité de l'action positive, il fait observer qu'une interprétation contraire des dispositions des deux Pactes témoignerait d'une totale incohérence.

¹⁴ A.P. Vijapur, "The principle of non-discrimination in international human rights law: the meaning and scope of the concept", India Quarterly, A journal of international affairs, 1993, p. 91.

¹⁵ A.F. Beyafsky, "The principle of equality or non-discrimination in international law", Human Rights Law Journal, 1990, p. 27; Lord Lester of Herne Hill et S. Joseph "Obligations of non-discrimination" dans D. Harris et S. Joseph (Dir. publ.), The International Covenant on Civil and Political Rights and the United Kingdom Law, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 579.

¹⁶ Bien qu'il en convienne, M. Craven (op. cit., dans la note 3, p. 186) fait valoir que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels reconnaît implicitement ce type d'obligation dans la mesure où il exige des États qu'ils concentrent leur attention sur la situation des groupes sociaux vulnérables et défavorisés. Il juge néanmoins souhaitable que le Comité précise ce point dans une prochaine observation générale.

¹⁷ Thornberry ajoute que son argument est renforcé par l'article 3 d) de la Convention, qui stipule que les États s'engagent à "n'admettre, dans l'aide éventuellement fournie, sous quelque forme que ce soit, par les autorités publiques aux établissements d'enseignement, aucune préférence ni restriction fondées uniquement sur le fait que les élèves appartiennent à un groupe déterminé". Il soutient que le traitement égalitaire et non discriminatoire que la Convention promet aux groupes minoritaires est celui qu'elle accorde à l'ensemble de la collectivité, sans tenir compte des différences culturelles. En cas de différend portant sur la violation de droits découlant de l'interprétation de la Convention, la balance penche clairement en faveur de l'État, qui a tout loisir de refuser l'exercice de ces droits dans la pratique (Thornberry, op. cit., dans la note 13, p. 289 et 290). L'auteur mentionne également le document 11 C/15 de la Conférence générale de l'UNESCO (voir E/CN.4/Sub.2/210), dans lequel l'analyse de l'article 5 de la Convention n'étaye

aucunement l'idée que les États ont l'obligation d'assurer ou de subventionner un enseignement public.

¹⁸ Document de l'UNESCO 11 C/15, annexe III, par. 36, et E/CN.4/Sub.2/210, annexe III, par. 13.

¹⁹ Voir N. Lerner, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980, p. 32 à 39. Thornberry, op. cit., dans la note 13, p. 165 à 268. L'Inde en particulier avait fermement soutenu l'inclusion d'un paragraphe sur les mesures spéciales dans le Pacte et avait évoqué sa propre situation, la Constitution indienne autorisant expressément l'adoption de dispositions de ce type pour protéger les groupes défavorisés, c'est-à-dire les castes et les tribus "énumérées".

²⁰ (1985), 57 ALR 472.

²¹ I. Brown, *The rights of peoples in modern international law*", dans J. Crawford, *The rights of peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 8 à 10.

²² Voir document des Nations Unies ST/TAO/HR.34, par. 147 à 155.

²³ Voir également le paragraphe 2 de l'article 5, qui énonce les obligations des États en matière d'éducation pour combattre le racisme et contient une disposition générale sur l'action positive selon laquelle les États doivent prendre "les mesures propres à remédier aux limitations dont souffrent certains groupes raciaux ou ethniques quant au niveau d'éducation et au niveau de vie et à éviter en particulier qu'elles ne soient transmises aux enfants".

²⁴ M. Bossuyt, op. cit., dans la note 7, p. 75 à 79. Les mêmes arguments ont été avancés par ceux qui considéraient que les textes déjà en vigueur rendaient inutile la rédaction d'une convention consacrée aux femmes. Selon MacKean, certains représentants pensaient que le paragraphe en question pouvait être interprété comme imposant une égalité "absolue" ou "précise" ou "un traitement identique", d'autres faisant valoir qu'il s'agissait de réaliser une véritable égalité dans les faits – non pas de supprimer les différences entre les rôles joués par les hommes et les femmes dans le cadre du mariage, mais de faire en sorte que les différences en matière de droits et de responsabilités soient équitables. Le sentiment général était incontestablement que l'égalité de facto devait être renforcée. Le représentant de l'URSS a notamment fait observer que la Troisième Commission élaborait les principes d'une égalité de jure d'où découlerait l'égalisation de facto des droits de l'homme. Il ajoutait que l'égalité des droits allait plus loin que la simple non-discrimination, et impliquait l'existence de droits positifs dans tous les domaines auxquels le projet de pacte touchait. W. MacKean, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 182.

²⁵ Comité des droits de l'homme, Observation générale No 4, par. 2, dans HRI/GEN/1/Rev.4(2000).

²⁶ Adoptée le 25 juin 1975 à la soixantième session de la Conférence internationale du travail. Voir document des Nations Unies E/CN.6/603.

²⁷ L'OIT s'était déjà préoccupée de la question de l'égalité de rémunération à travail égal. Voir Convention (No 100) de l'OIT sur l'égalité de rémunération (1951), I. Brownlie, Basic documents on human rights, Oxford, Clarendon Press, 1981, p. 200.

²⁸ Voir document des Nations Unies E/CN.6/632, par. 92.

²⁹ L.A. Rehof, *Guide to the "Travaux préparatoires" of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 66 à 76.

³⁰ W. MacKean, op. cit., dans la note 24, p. 190 et 191.

³¹ E. Vogel-Polsky, Les actions positives et les contraintes constitutionnelles et législatives qui pèsent sur leur mise en œuvre dans les États membres du Conseil de l'Europe.

³² Voir également A. W. Heringa, "Voorkeursbehandeling en moederschap", dans A. W. Heringa, J. Hes et L. Lijnzaad, Het Vrouwenverdrag: een beeld van een verdrag ..., Anvers, Maklu, 1994, p. 33 et 34.

³³ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale No 5 sur les mesures temporaires spéciales, dans HRI/GEN/1/Rev.4 (2000).

³⁴ E. Vogel-Polsky, "Les actions positives dans la théorie juridique contemporaine", dans B. de Grave (dir. publ.), Positieve actie, positieve discriminatie, voorrangsbehandeling voor vrouwen, Tegenspraak-Cahier 8, Anvers, Kluwer, 1990, p. 79.

³⁵ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale No 23 sur la vie politique et publique, par. 15, dans HRI/GEN/1/Rev.4(2000).

³⁶ La non-discrimination et l'égalité constituent désormais des principes fondamentaux et essentiels en matière de protection des droits de l'homme et ont en conséquence été incorporés en tant que tels dans le droit international coutumier. Cette démarche est largement confortée par divers instruments internationaux faisant autorité, qui proclament le principe de la non-discrimination : ainsi le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la Convention internationale contre l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la Déclaration de l'UNESCO sur la race et les préjugés raciaux, etc. En outre, des institutions juridiques faisant autorité, telles que la Commission du droit international et la Cour internationale de Justice, se sont prononcées en ce sens. Voir, par exemple, l'argumentation de la CIJ dans son Avis consultatif sur les conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, dans son jugement dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (1970) et dans son Avis consultatif sur la Namibie (1971). Elle est également appliquée par les États dans la pratique et correspond à une *opinio juris* largement exprimée lors de diverses conférences internationales et par d'éminents experts.

³⁷ Voir le dictum du juge Blackmun, de la Cour suprême des États-Unis : "Pour dépasser le racisme, il nous faut d'abord prendre la race en compte". *Regents of the University of California c. Bakke*, 438 U.S. 265, 1978.

³⁸ Pour comprendre le débat auquel ont donné lieu les termes "distinction" et "discrimination", débat qui a ressurgi ultérieurement lors de l'élaboration des Pactes internationaux, on consultera également J.T. Möller, "article 7", dans A. Eide et al. (dir. publ.), *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, Oslo, Scandinavian University Press, 1992, p. 115 à 141.

³⁹ Sir Hersch Lauterpacht (*An International Bill of the Rights of Man*, New York, Columbia University Press, 1945, p. 116 à 119) se réfère à l'article premier du quatorzième amendement à la Constitution des États-Unis, qui stipule que l'égle protection de la loi n'exclut pas les distinctions entre personnes ou leur classement en diverses catégories si ces mesures sont raisonnablement fondées. La jurisprudence initiale de la Cour suprême des États-Unis n'interdit donc pas la ségrégation des Noirs dans les écoles, les trains, les gares et autres lieux publics, la Cour suprême ayant estimé qu'une grande latitude dans l'établissement de classements en fonction de différents facteurs, loin d'être incompatible avec le principe d'une véritable égalité, lui est essentielle pour autant que cette classification repose sur des critères raisonnables. La Cour suprême est par la suite revenue sur cette position et Lauterpacht admet que l'on était allé trop loin en réduisant l'égalité à une simple égalité mécanique des chances et des avantages.

⁴⁰ Pour l'historique de cette ambiguïté, on pourra consulter M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 7 à 27; N. Lerner, *Group rights and discrimination in international law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 24 à 28; B.G. Ramcharan, "Equality and nondiscrimination", dans L. Henkin (dir. publ.), *The International Bill of Rights*, New York, Columbia University Press, 1981, p. 258 et 259.

⁴¹ Document des Nations Unies A/5365, p. 22.

⁴² Comité des droits de l'homme, Observation générale No 18 sur la non-discrimination, par. 8 et 13, dans HRI/Gen/1/Rev.4 (2000).

⁴³ Cour européenne des droits de l'homme, affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique, 23 juin 1968, série A, p. 34. La Cour a reconnu que si l'on donnait à l'article 14 une interprétation aussi large, on aboutirait à des résultats absurdes. On en arriverait en effet à juger contraire à la Convention toute disposition légale qui n'assure pas à tous une complète égalité de traitement, position totalement intenable, étant donné que la loi opère nécessairement des distinctions de toutes sortes.

⁴⁴ On en trouvera un bon résumé dans Vijapur, op. cit. dans la note 14, p. 73 et 74, et MacKean, op. cit. dans la note 24, p. 94 à 96. En 1949, par exemple, dans son Mémoire sur les formes et causes principales de la discrimination, le Secrétaire général définissait la discrimination comme une distinction préjudiciable inspirée par des facteurs indépendants de la volonté de l'individu et qui ne devraient exercer aucune influence. Voir document des Nations Unies E/CN.4/Sub.2/40.

⁴⁵ Bossuyt, op. cit. dans la note 7, p. 27. MacKean, ibid., p. 8 à 11.

⁴⁶ Cette doctrine est conforme aux définitions internationales de la discrimination. Aucune définition de la "discrimination" ne figure dans la Déclaration universelle ou dans les deux Pactes internationaux. Ce terme est défini pour la première fois dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale comme visant "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".

La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes dispose de même que 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. À partir de ces définitions de formes précises de discrimination, le Comité des droits de l'homme a élaboré une définition plus générale. Selon le Comité, le terme 'discrimination' doit être compris comme 'désignant' toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation et ayant pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par tous, dans des conditions d'égalité, de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales". Observation générale No 18, par. 7.

D'autres définitions sont celles qui figurent dans la Convention (No 111) de l'OIT concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession qui dispose ce qui suit : "Aux fins de la présente Convention, le terme 'discrimination' comprend : a) toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession..." ou dans la Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement, adoptée par l'UNESCO en 1960 : "Aux fins de la présente Convention, le terme 'discrimination' comprend toute distinction, exclusion, limitation ou préférence qui, 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 condition économique ou la naissance, a pour objet de détruire ou d'altérer l'égalité de traitement en matière d'enseignement...".

⁴⁷ Voir C. Tomuschat, "Equality and Non-Discrimination under the CCPR", dans I. Von Munch, "Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer", Berlin, Walter de Gruyter, 1981, p. 712 à 716.

⁴⁸ Opinion dissidente de M. Tanaka, affaire du *Sud-Ouest africain* (deuxième phase), arrêt, C. I. J., Recueil 1966, p. 284 à 316. M. Tanaka a judicieusement fait observer que le principe de l'égalité veut que soit traité également ce qui est égal et inégalement ce qui est inégal. Le principe de l'égalité ne correspond pas à une égalité absolue, mais plutôt à une égalité relative, c'est-à-dire

à un traitement différencié en fonction des situations individuelles concrètes. Si tous les hommes ont en commun certaines caractéristiques, ils n'en possèdent pas moins des attributs et des qualités distincts, dont il peut être légitimement tenu compte dans la répartition des biens sociaux. Deux questions fondamentales n'en demeurent pas moins : comment déterminer s'il y a égalité ou différence entre les individus, et quels sont les critères qui peuvent légitimer un traitement différencié ?

⁴⁹ Cour européenne des droits de l'homme, op. cit. dans la note 43; M. Bossuyt, "Het discriminatieverbod van de Europese Conventie van de Rechten van de Mens in de Rechtspraak van de Commissie na het Belgisch taal arrest", *Revue belge de droit international*, 1972, p. 503 à 528.

⁵⁰ La Cour interaméricaine des droits de l'homme s'est référée à l'analyse de la non-discrimination par la Cour européenne dans son avis consultatif OC-4/84. Modifications proposées des dispositions de la Constitution du Costa Rica relatives à la naturalisation, en date du 19 janvier 1984, au paragraphe 57 : "Les différences établies par un État dans le traitement des individus ne constitueraient pas une discrimination si les classifications retenues sont fondées sur des différences de fait substantielles et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre ces différences et les objectifs de la règle juridique en cause. Ces objectifs ne peuvent être injustes ou déraisonnables, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent être dictés par l'arbitraire, le caprice ou le despotisme ou être contraires à l'unité et à la dignité fondamentale du genre humain".

⁵¹ Voir également T. Opsahl, "Equality in Human Rights Law, with special reference to article 26 of the ICCPR", dans M. Nowak (dir. publ.) *Festschrift für F. Ermacora*, Kehl, N. P. Engel Verlag, 1988, p. 51 à 65. Jurisprudence : *S.W.M. Broeks c. Pays-Bas*, communication No 172/1984, *Zwaan-de Vries c. Pays-Bas*, communication No 182/1984, Assemblée générale, *documents officiels de la quarante-deuxième session, Supplément No 48*, (A/42/40), annexe VIII, sections B et D : étant donné que l'article 26 énonce un principe général de non-discrimination, la portée de ce principe signifie que le Comité a compétence pour examiner toute différence de traitement, même dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels, en vue de déterminer si elle constitue une discrimination.

⁵² Bossuyt, op. cit. dans la note 7, p. 262; M. Bossuyt "The principle of equality in article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights", dans A. De Mestral (dir. publ.), The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986, p. 283 à 284; E. W. Vierdag, The Concept of Discrimination in International Law with Special Reference to Human Rights, La Haye, Martinus Nijhoff, 1973, p. 176.

⁵³ Lord Denning : "Si, par exemple, l'administration décidait de répartir les élèves entre des écoles différentes en fonction de la couleur de leurs cheveux ou de leur peau, cette décision serait tellement déraisonnable, tellement arbitraire, tellement étrangère à tout système éducatif digne de ce nom qu'elle constituerait incontestablement un excès de pouvoir et serait immédiatement annulée par ce tribunal. À supposer en revanche qu'il existe des raisons valables de mettre en œuvre une politique particulière, par exemple dans une zone où les enfants d'immigrants ont besoin de perfectionner leur connaissance de l'anglais, il serait tout à fait normal de placer ces

enfants dans des écoles spéciales où leur apprentissage de cette langue serait facilité". Cité par MacKean, op. cit. dans la note 24, p. 246.

⁵⁴ Tomuschat, op. cit. dans la note 47, p. 715 et 716 et Thornberry, op. cit. dans la note 13, p. 281 à 286, se réfèrent aux travaux préparatoires des Pactes internationaux et à la discussion portant sur la limitation dans le temps de l'action positive.

⁵⁵ Voir également les articles 1er et 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et l'article 4, par. 1, de la Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, au cours de l'examen du quatrième rapport périodique de Fidji, a souligné que la durée des mesures spéciales appliquées à certains groupes raciaux n'était pas expressément limitée; pour satisfaire aux dispositions de la Convention, il aurait fallu indiquer plus clairement que des droits inégaux pour divers groupes raciaux ne seraient pas maintenus une fois atteints les objectifs ayant motivé cette situation. *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-septième session, Supplément No 18 (A/37/18)*, par. 101.

⁵⁶ Bien que constituant apparemment une violation du quatorzième amendement à la Constitution des États-Unis, cette doctrine n'a pas été considérée comme telle par la Cour suprême dans l'affaire *Plessy c. Ferguson* (163 U.S. 537, 1896), dans laquelle l'inculpé avait été arrêté pour avoir contrevenu à une loi de la Louisiane en vertu de laquelle les passagers "blancs et de couleur" des chemins de fer devaient bénéficier de "facilités égales mais séparées". Cinquante ans plus tard, cette doctrine a été remise en cause dans l'affaire *Brown c. Board of Education* (347 U.S. 483, 1954), la Cour suprême estimant que l'existence d'écoles séparées créait un sentiment d'infériorité chez les étudiants noirs et constituait en conséquence une violation du quatorzième amendement.

⁵⁷ Voir Thornberry, op. cit. dans la note 13, p. 25 à 54, pour un exposé complet de l'historique de la question.

⁵⁸ Après le Congrès de Vienne, les clauses des traités portant sur la protection des minorités sont devenues plus détaillées et l'accent a été mis, plutôt que sur la protection des groupes religieux, sur celle des minorités nationales.

⁵⁹ P. de Azcárate, *League of Nations and National Minorities: an experiment*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1945, p. 216; MacKean, op. cit. dans la note 24, p. 14 à 45.

⁶⁰ Écoles minoritaires en Albanie, avis consultatif, CPJI, 1935, série A/B No 64, p. 19.

⁶¹ Cette double approche s'inspire de l'Avis consultatif de la CPJI sur les écoles minoritaires d'Albanie, ibid. Voir documents des Nations Unies E/CN.4/Sub.2/36 et E/CN.4/Sub.2/SR.14 et 15.

⁶² Op. cit. dans la note 44.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ A. Eide, Protection des minorités : moyens possibles de faciliter la solution par des voies pacifiques et constructives des problèmes dans lesquels des minorités sont impliquées, E/CN.4/Sub.2/1993/34, par. 172.

⁶⁵ Dans son Observation générale No 18 sur le principe de la non-discrimination, le Comité des droits de l'homme déclare qu'il ne peut être fait recours à une action positive, c'est-à-dire à des *mesures spéciales*, qu'aussi longtemps qu'il est nécessaire pour remédier à une discrimination de fait. Par ailleurs, dans son Observation générale No 23 concernant l'article 27, soit l'article relatif aux minorités, il admet que même si les droits consacrés à l'article 27 sont formulés en termes négatifs, les États doivent parfois également prendre des *mesures positives* pour protéger l'identité d'une minorité et que ces mesures, tant qu'elles ne visent qu'à assurer cette protection, peuvent constituer une différenciation légitime aux termes de la Convention. Aucune limite temporelle n'est ici imposée. On notera également l'utilisation différente de termes. On retrouve la même distinction dans la pratique de certains États; ainsi, l'Inde applique un système de protection différent pour les minorités, dont les droits ont un élément de permanence, et pour les castes et tribus "énumérées" dont les droits spéciaux sont considérés comme des mesures temporaires et exceptionnelles visant à réduire les inégalités entre les communautés.

⁶⁶ A.S. Akermark, Justifications of Minority Protection in International Law, Londres, Kluwer Law International, 1997, p. 23 à 28.

Annexe

QUESTIONNAIRE SUR L'ACTION POSITIVE

1. Quelles sont les principales dispositions constitutionnelles et/ou législatives concernant le principe d'égalité et l'interdiction de la discrimination ? Le cas échéant, communiquer le texte des dispositions pertinentes.
2. Faire part des décisions de justice marquantes ayant trait au principe d'égalité et à l'interdiction de la discrimination.
3. Y a-t-il des dispositions de caractère constitutionnel, législatif ou administratif portant sur la notion d'"action positive" et/ou de discrimination dite "positive" ou "à rebours" ? Le cas échéant, joindre le texte des dispositions pertinentes.
4. Quel rapport y a-t-il, selon ces dispositions ou la jurisprudence nationale, entre l'interdiction de la discrimination et la notion d'action positive ?
5. Donner des exemples de programmes nationaux d'action positive mis en œuvre conformément à ces dispositions.
6. Quels sont les groupes cibles de ces programmes d'action positive (hommes ou femmes, groupes raciaux, minorités spécifiques, peuples autochtones, migrants, personnes handicapées, anciens combattants, etc.) ?
7. Dans quels domaines ces programmes d'action positive sont appliqués (éducation, emploi, logement, transports, élections, formation, nomination à des postes politiques, administratifs ou judiciaires, attribution de contrats ou de bourses, autres) ?
8. Dans quel contexte historique ces programmes d'action positive ont-ils été adoptés ?
9. Quels sont les objectifs déclarés de ces programmes d'action positive ?
10. Des limites dans le temps ont-elles été fixées pour ces programmes d'action positive; comment déterminera-t-on si et quand les objectifs de ces programmes ont été atteints ?
11. Les programmes d'action positive s'appliquent-ils de la même façon à tous les groupes concernés ou des distinctions sont-elles faites en faveur d'un ou de plusieurs groupes spécifiques ? Selon quels critères ?
12. Y a-t-il une jurisprudence nationale concernant ces programmes d'action positive ? Le cas échéant, joindre le texte des principales décisions de justice.
13. Existe-t-il des organes, autorités, commissions, cours ou tribunaux particuliers ayant compétence pour examiner les plaintes portant sur l'application et le fonctionnement des programmes d'action positive ?
14. Qui est habilité à présenter des plaintes ou à engager des actions devant ces organes ?

15. Fournir, le cas échéant, des statistiques montrant le succès des programmes d'action positive en particulier les progrès réalisés depuis leur mise en place.

Note : Si des programmes d'action positive ont été adoptés pour différents groupes, répondre en donnant des informations pour chacun d'entre eux.
