



**Conseil Economique
et Social**

Distr.
GENERALE

E/CN.4/Sub.2/1998/5
3 juin 1998

FRANCAIS
Original : ANGLAIS/FRANCAIS

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME
Sous-Commission de la lutte contre
les mesures discriminatoires et
de la protection des minorités
Cinquantième session
Point 3 de l'ordre du jour provisoire

EXAMEN GLOBAL DE SUJETS PRECIS RELATIFS A L'ELIMINATION
DE LA DISCRIMINATION RACIALE

Document de travail établi par M. Marc Bossuyt sur la notion
d'action positive

1. Dans la décision 1997/118 qu'elle a adoptée le 28 août 1997, la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, tenant compte de la suggestion faite par le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale concernant l'établissement d'une étude sur la notion d'action positive (voir E/CN.4/Sub.2/1997/31, annexe), a décidé de confier à l'auteur du présent document le soin d'établir un document de travail sur la notion d'action positive.

I. Les instruments internationaux

2. Il convient de donner un bref aperçu des dispositions internationales les plus importantes concernant l'action positive et l'interdiction de la discrimination.

A. Les interdictions internationales de la discrimination

3. Les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme contiennent chacun un article 2 qui, dans son paragraphe 2 pour le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et dans son paragraphe 1 pour le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, garantit l'un que "les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune", tandis que l'autre garantit "les droits reconnus dans le présent Pacte sans distinction aucune". Une analyse des travaux préparatoires démontre

qu'en employant le terme "distinction", le Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'interdit rien d'autre que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui emploie le terme (plus approprié) de "discrimination".

4. Dans l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme

("La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune (non souligné dans le texte), 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.")

l'interdiction de la discrimination est limitée aux seuls droits et libertés reconnus dans cette Convention.

5. L'article 14 de la Convention européenne, tout comme les articles 2 des deux Pactes n'interdisent les discriminations que pour les seuls droits "énoncés" ou "reconnus" dans les traités en question. Il s'agit donc d'une interdiction de la discrimination limitée aux droits garantis par la convention en question. Il convient de noter qu'alors que la version française de l'article 14 de la Convention européenne semble interdire toute "distinction", la Cour européenne des droits de l'homme a fait observer dans l'affaire linguistique belge (Série A, p. 34) que

"Malgré le libellé très général de sa version française ('sans distinction aucune') [... c]ette version doit se lire à la lumière du texte, plus restrictif, de la version anglaise (*without discrimination*').

6. Le paragraphe 1 de l'article premier de la Convention américaine des droits de l'homme se lit :

"Les Etats parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction (non souligné dans le texte) fondée sur [...].

et l'article 2 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples se lit :

"Toute personne a droit à la jouissance des droits et libertés reconnus et garantis dans la présente Charte sans distinction aucune (non souligné dans le texte), notamment de [...]."

7. L'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques contient, en outre, une interdiction générale de la discrimination :

"Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination [...]"

8. Dans deux affaires émanant de femmes néerlandaises, Mme S. W. M. Broeks (A/42/40, p. 142 à 154) et Mme F. H. Zwaan-de Vries (Ibid., p. 165 à 174), le Comité des droits de l'homme a constaté le 9 avril 1987 une violation de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques tout en l'appliquant au domaine de la sécurité sociale.

9. De l'avis du Comité, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques s'applique même si telle ou telle des questions qui y sont visées est mentionnée ou englobée dans les dispositions d'autres instruments internationaux.

10. Dans son arrêt du 23 juillet 1968 rendu dans l'affaire linguistique belge (Série A, p. 34), la Cour européenne des droits de l'homme a retenu que

"l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable (non souligné dans le texte). 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 un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé." (non souligné dans le texte)

B. Les dispositions relatives à l'action positive

11. Parmi les principales dispositions des instruments internationaux traitant de l'"action positive", on mentionnera les suivantes :

12. L'article 5 de la Convention (No 111) concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession adoptée le 25 juin 1958 par l'Organisation internationale du Travail, qui se lit comme suit :

"1. Les mesures spéciales de protection ou d'assistance (non souligné dans le texte) prévues dans d'autres conventions ou recommandations adoptées par la Conférence internationale du Travail ne sont pas considérées comme des discriminations.

2. Tout Membre peut, après consultation, là où elles existent, des organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs, définir comme non discriminatoires toutes autres mesures spéciales destinées à tenir compte des besoins particuliers de personnes (non souligné dans le texte) 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, des charges de famille ou le niveau social ou culturel."

13. Le paragraphe 3 de l'article 2 de la Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée le 20 novembre 1963, qui se lit comme suit :

"Des mesures spéciales et concrètes devront être prises dans des circonstances appropriées pour assurer le développement ou la protection adéquate des personnes appartenant à certains groupes raciaux (non souligné dans le texte) en vue de garantir à ces personnes la pleine jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ces mesures ne devront en aucun cas avoir pour conséquence le maintien de droits inégaux ou distincts pour différents groupes raciaux."

14. Le paragraphe 4 de l'article premier de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée le 21 décembre 1965, qui se lit comme suit :

"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 (non souligné dans le texte) 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."

15. Le paragraphe 2 de l'article 9 de la Déclaration de l'UNESCO sur la race et les préjugés raciaux, adoptée le 27 novembre 1978, qui se lit comme suit :

"Des mesures spéciales doivent être prises en vue d'assurer l'égalité en dignité et en droits des individus et des groupes humains partout où cela est nécessaire en évitant de leur donner un caractère qui pourrait paraître discriminatoire sur le plan racial. A cet égard, une attention particulière doit être accordée aux groupes raciaux ou ethniques socialement ou économiquement défavorisés (non souligné dans le texte) 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, de respecter l'authenticité de leur culture et de leurs valeurs, et de faciliter, en particulier par l'éducation, leur promotion sociale et professionnelle."

16. L'article 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée le 18 décembre 1979, qui se lit comme suit :

"1. L'adoption par les Etats parties de mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes (non souligné dans le texte) 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 Etats 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."

II. La notion d'"action positive" dans la jurisprudence

17. Il y a eu dans le passé des situations dans lesquelles certains groupes de personnes, qu'on peut identifier en recourant à l'un des motifs mentionnés dans des textes prohibant la discrimination, ont fait l'objet de discriminations systématiques. De telles situations peuvent justifier ou même nécessiter que des mesures positives soient prises visant à aider ces groupes à surmonter la situation défavorable dans laquelle ils se trouvent.

A. L'action positive dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis

18. Il n'est pas possible d'examiner la question de l'"action positive" sans se référer à la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis en matière de discrimination et plus particulièrement en matière de discrimination raciale.

19. Le point de départ de l'examen de cette jurisprudence est l'arrêt rendu en 1896 dans la célèbre affaire Plessy v. Ferguson (163 U.S. 537), lorsque la Cour suprême des Etats-Unis a légitimé la doctrine du *separate but equal*. Il fallait attendre près de 60 ans avant que cette doctrine ne soit renversée par l'arrêt rendu en 1954 dans la non moins célèbre affaire Brown v. Board of Education (374 U.S. 483). Dans cette dernière affaire, la Cour suprême a estimé que des écoles séparées créaient forcément un sentiment d'infériorité.

20. Déjà avant cette affaire, la Cour suprême avait considéré dans son arrêt rendu en 1944 dans l'affaire Korematsu v. United States (323 U.S. 214) que toutes les restrictions juridiques qui limitent les droits civils d'un seul groupe racial étaient immédiatement suspectes et qu'il fallait les soumettre à un examen d'une intensité très stricte (*strict scrutiny*). En revanche, pour des distinctions fondées sur le sexe, la Cour suprême n'a appliqué ultérieurement qu'un examen d'une intensité intermédiaire (*intermediate scrutiny*).

21. Dans la législation américaine, l'expression "action positive" ("affirmative action") apparaît pour la première fois dans l'Ordre exécutif 10925 signé en 1961 par le Président Kennedy exigeant de la part des employeurs fédéraux le recrutement d'un plus grand nombre d'employés appartenant à des minorités. Deux grandes lois sur les droits civils étaient signées en 1964 par le Président Johnson et en 1972 par le Président Nixon.

22. En 1974, la Cour suprême a estimé ne pas devoir se prononcer sur des mesures d'action positive en matière d'admission à l'université dans l'affaire DeFunis v. Odegaard (416 US 312), puisque l'étudiant blanc juif, à qui l'accès à l'Ecole de droit de l'Université de Washington avait été refusé, avait été admis entre-temps.

23. Dans l'affaire Regents of the University of California v. Bakke (438 U.S. 265), la Cour suprême était très divisée. Le juge Lewis F. Powell, qui s'alignait en partie avec les quatre juges favorables et en partie avec

les quatre juges défavorables au programme d'action positive de l'Ecole de médecine de l'Université de Californie à Davis, a rendu en 1978 un arrêt dans lequel il estimait qu'un tel programme devait être soumis à un examen d'une intensité très stricte, mais qu'un des arguments invoqués en faveur de ce programme, à savoir le souhait d'obtenir les bénéficiaires qui dérivent d'un corps d'étudiants ethniquement diversifié, était suffisamment important ("compelling") pour que l'Université puisse l'appliquer en tant qu'un des facteurs pris en considération dans sa sélection des étudiants.

24. Dans les années qui ont suivi, la Cour suprême a rendu un grand nombre d'arrêts dont certains acceptaient et d'autres refusaient les programmes d'action positive qui étaient soumis à sa censure. Faisaient partie de la catégorie acceptant les programmes d'action positive attaqués, les arrêts suivants :

- Steelworkers v. Weber, 443 U.S. 193 (1979),
- Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980),
- Sheet Metal Workers v. EEOC (Equal Employment Opportunity Commission), 478 U.S. 421 (1986),
- United States v. Paradise, 480 U.S. 149 (1987),
- Johnson v. Santa Clara County, 480 U.S. 1442 (1987),
- Metro Broadcasting Inc. v. FCC (Federal Communications Commission) 497 U.S. 547 (1990).

25. Dans l'affaire Steelworkers (1979), la Cour suprême a accepté le programme d'action positive réservant des places de formation à des travailleurs noirs, puisque ce programme était établi par un employeur privé et s'adressait à des catégories d'emploi souffrant traditionnellement de ségrégation.

26. Dans les affaires Sheet Metal Workers (1986), Paradise (1987) en Johnson (1987), les programmes d'action positive étaient acceptés parce qu'ils entendaient remédier à des cas de discrimination intentionnelle pratiquée dans le passé au détriment des Noirs dans le syndicat des métallos de la ville de New York et dans le corps de police de l'Alabama et au détriment des femmes appartenant à la catégorie "Skilled Craft" dans le "Santa Clara County" en Californie.

27. Dans d'autres arrêts, la Cour suprême a sanctionné les programmes d'action qui lui étaient soumis. Il s'agit des affaires :

- Firefighters v. Stotts, 467 U.S. 561 (1984),
- Wygant v. Jackson Board of Education, 476 U.S. 267 (1986),
- City of Richmond v. Croson, 488 U.S. 469 (1989).

28. Dans les affaires Firefighters (1984) et Wygant (1986), le programme d'action positive prescrivait le licenciement respectivement de sapeurs-pompiers de la ville de Memphis et d'enseignants d'une école

du Michigan, tous Blancs et ayant plus d'ancienneté que leurs collègues noirs. Dans l'affaire Croson (1989), le programme réservait 30 % des contrats de la ville de Richmond (Virginie) à des entreprises appartenant à des minorités, à savoir "des Noirs, des Hispanophones, des Orientaux, des Indiens, des Esquimaux et des Aléoutes". La Cour a estimé que cette dernière mesure n'était pas exactement proportionnée ("narrowly tailored") à l'objectif poursuivi et qu'il n'y avait pas de lien avec une quelconque discrimination dans le passé en Virginie dont des Esquimaux auraient été les victimes.

29. En 1995, la Cour suprême a rendu son arrêt dans l'importante affaire Adarand Constructors v. Pena (115 St. Ct. 2097). L'entreprise Adarand se plaignait d'avoir perdu un contrat de travaux publics à l'avantage d'une société appartenant à un Hispanophone sur la base d'une loi fédérale ordonnant que 10 % des contrats de travaux publics devaient être réservés à des minorités.

30. Ecrivant pour une majorité de six, le juge Sandra O'Connor retenait trois propositions découlant des arrêts antérieurs de la Cour en matière de programmes fondés sur la race :

a) Le scepticisme : des préférences fondées sur des critères raciaux ou ethniques doivent nécessairement être examinées de la façon la plus approfondie;

b) La consistance : la norme de contrôle ne doit pas dépendre de la race des gens qui bénéficient ou souffrent du plan en question;

c) La cohérence : la protection égale doit être la même quel que soit le niveau de gouvernement (fédéral ou non) impliqué.

B. L'action positive dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes

31. En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, la Cour de Luxembourg a rendu dans l'affaire Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen un arrêt le 17 octobre 1995, dans lequel elle a considéré qu'"une réglementation nationale qui garantit la priorité absolue et inconditionnelle (non souligné dans le texte) aux femmes lors d'une nomination ou promotion va au-delà d'une promotion de l'égalité des chances et dépasse les limites de l'exception prévue à l'article 2, par. 4, de la directive".

32. Selon le paragraphe 4 de l'article 2 de la directive 76/207/CEE du Conseil de l'Union européenne, du 9 février 1976, celle-ci ne fait pas obstacle à "des mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes" dans le domaine de l'accès à l'emploi, de la promotion et de la formation professionnelles.

33. Or, la loi mise en cause relative à l'égalité entre hommes et femmes dans les services publics accordait

"automatiquement (non souligné dans le texte), à qualifications égales entre candidats de sexes différents retenus en vue d'une promotion, une priorité aux candidats féminins dans les secteurs dans lesquels les femmes sont sous-représentées, considérant qu'il y a sous-représentation lorsque les femmes ne représentent pas la moitié au moins des effectifs des différents grades de la catégorie de personnel concernée et qu'il en est de même pour les niveaux de fonction prévus selon l'organigramme".

34. Toutefois, dans l'affaire Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen, la Cour de Justice des Communautés européennes a rendu, le 11 novembre 1997, un arrêt dans lequel elle a considéré que la directive susmentionnée ne s'oppose pas à

"une règle nationale qui oblige, à qualifications égales des candidats de sexe différent quant à leur aptitude, à leur compétence et à leurs prestations professionnelles, à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs d'activité du service public où les femmes sont moins nombreuses que les hommes au niveau de poste considéré, à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin ne fassent pencher la balance en sa faveur (non souligné dans le texte), à condition que :

- elle garantisse, dans chaque cas individuel, aux candidats masculins ayant une qualification égale à celle des candidats féminins que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité accordée aux candidats féminins, lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin, et

- de tels critères ne soient pas discriminatoires envers les candidats féminins."

35. La disposition litigieuse (le paragraphe 5 de l'article 25, deuxième phrase, du Beamtengesetz (statut des fonctionnaires du Land) du 1er mai 1991, (modifié en dernier lieu le 7 février 1995)) dispose :

"Si, dans le secteur de l'autorité compétente pour la promotion, les femmes sont en nombre inférieur aux hommes au niveau de poste concerné de la carrière, les femmes sont à promouvoir par priorité, à égalité d'aptitude, de compétence et de prestations professionnelles, à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat ne fassent pencher la balance en sa faveur" (non souligné dans le texte).

36. Selon la Cour, c'est la "clause d'ouverture" (Öffnungsklausel), qui n'instaure pas d'automatisme en faveur des femmes, mais permet de déroger à cette préférence si "des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin ne fassent pencher la balance en sa faveur", qui fait toute la différence avec l'affaire Kalanke.

III. Conclusions

37. La présente note n'a d'autre ambition que d'attirer l'attention sur quelques éléments de base qui peuvent servir comme point de départ d'une étude sur l'action positive.

38. Outre une analyse plus approfondie de ces éléments de base, il convient de faire l'inventaire des dispositions nationales constitutionnelles ou législatives en matière d'action positive, ainsi que de la jurisprudence nationale relative à ces dispositions.

39. Il est suggéré qu'un rapporteur spécial éventuel sur cette question soit autorisé à demander au Haut-Commissaire aux droits de l'homme d'envoyer un questionnaire succinct relatif à cette question aux Etats Membres, aux organisations internationales et à des organisations non gouvernementales les priant de lui fournir une documentation nationale à ce sujet.

40. Parmi les questions à examiner, les suivantes peuvent être mentionnées à titre d'exemple :

a) Les relations entre l'interdiction de la discrimination et l'action positive;

b) Les limites (dans le temps ? dans l'objet ? etc.) de l'action positive;

c) L'existence de différences en matière d'action positive selon les critères (race, sexe, langue, etc.) permettant de distinguer les groupes auxquels une telle action doit bénéficier.

Bibliographie succincte

BOSSUYT, Marc, L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme, Bruxelles, 1976, 262 pages.

_____, "The Principle of Equality in Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights", de MESTRAL, Armand, The Limitations of Human Rights in Comparative Constitutional Law Cowansville, Québec, 1986, p. 269 à 290.

_____, "Article 14" in PETTITI, L. E., DECAUX, E & IMBERT, P-H., La Convention européenne des droits de l'homme commentaire article par article, Paris, Economica, 1995, p. 475 à 488.

RAMCHARAN, B G., "Equality and Non-Discrimination", HENKIN, Louis, The International Bill of Human Rights: The Covenant on Civil and Political Rights, New York, 1981, p. 246 à 269.

TOMUSCHAT, Christian, "Equality and Non-Discrimination under the International Covenant on Civil and Political Rights", von MUENCH, Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer, Berlin, 1981, p. 691 à 716.

McKEAN, William, Equality and Discrimination under International Law Oxford, 1983, 333 pages.

McWHIRTHER, Darie A., The End of Affirmative Action: Where do we go from there?, New York, Birch Lane Press book, 1996, 188 pages.

OPSAHL, Torkel, "Equality in Human Rights Law with particular reference to Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights", Festschrift für F. Ermacora, Kehl, 1988, p. 51 à 64.

RENAULD, Bernadette, "Les discriminations positives : Plus ou moins d'égalité ?", Revue trimestrielle des droits de l'homme, 1997, p. 425 à 460.

VIERDAG, Egbert, The Concept of Discrimination in International Law La Haye, 1973, 176 pages.
