



**Conseil Économique
et Social**

Distr.
GÉNÉRALE

E/CN.4/Sub.2/2002/21
17 juin 2002

FRANÇAIS
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME

Sous-Commission de la promotion et de
la protection des droits de l'homme
Cinquante-troisième session
Point 5 de l'ordre du jour provisoire

PRÉVENTION DE LA DISCRIMINATION

La notion d'action positive et son application pratique

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

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
Introduction	1 – 4	2
I. LA NOTION D'ACTION POSITIVE.....	5 – 15	3
II. ARGUMENTS EN FAVEUR DE L'ACTION POSITIVE	16 – 39	5
III. LA NOTION D'ACTION POSITIVE DANS LE DROIT INTERNATIONAL.....	40 – 70	10
IV. FORMES D'ACTION POSITIVE	71 – 80	17
V. L'ACTION POSITIVE NE DOIT PAS SE TRADUIRE PAR UNE DISCRIMINATION.....	81 – 100	19
VI. CONCLUSIONS	101 – 114	23
Annexe : Extraits de certaines des réponses reçues par le Rapporteur spécial		38

Introduction

1. Dans sa résolution 1998/5, la Sous-Commission a décidé, étant donné que ce sujet exigeait des recherches approfondies et détaillées, de nommer Marc Bossuyt Rapporteur spécial et de le charger de faire une étude sur la notion d'action positive, et a autorisé le Rapporteur spécial à 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. Par sa décision 1999/106, la Sous-Commission a renouvelé l'autorisation qu'elle avait accordée au Rapporteur spécial de formuler cette demande. Le questionnaire a été envoyé aux gouvernements, aux organisations internationales et aux organisations non gouvernementales.
3. Le présent rapport est soumis en application de la décision 2001/107 de la Sous-Commission dans laquelle celle-ci, rappelant la décision 1999/253 du Conseil économique et social, a remercié le Rapporteur spécial pour son rapport préliminaire (E/CN.4/Sub.2/2000/11 et Corr.1) et son rapport préliminaire (E/CN.4/Sub.2/2001/15), et a décidé de prier le Secrétaire général d'adresser une lettre de rappel aux gouvernements, aux organisations internationales et aux organisations non gouvernementales qui avaient reçu ce questionnaire pour leur demander de communiquer leurs réponses. La lettre de rappel a été envoyée le 28 septembre 2001. Le Rapporteur spécial voudrait à cet égard exprimer sa profonde gratitude aux gouvernements des pays suivants : Bolivie, Canada, Chypre, Colombie, Espagne, Fidji, Géorgie, Grèce, Guatemala, Hongrie, Israël, Jamahiriya arabe libyenne, Liban, Pakistan, Paraguay, République slovaque, République-Unie de Tanzanie, Suisse, Thaïlande et Trinité-et-Tobago ainsi qu'au Département des affaires économiques et sociales (Département de l'intégration sociale), à la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, au Programme des Nations Unies pour les établissements humains, à l'Université des Nations Unies, au Bureau international du travail, à l'Union postale universelle, à la Commission européenne de l'Union européenne et à la Catholic Women's League Australia Incorporated, qui ont fourni des réponses circonstanciées au questionnaire.
4. Tout en se félicitant de ces précieuses contributions, le Rapporteur spécial note que de nombreux gouvernements, dont certains sont connus pour s'être doté d'un cadre constitutionnel, législatif ou administratif précis sur la notion d'action positive et son application pratique, n'ont pas fourni de renseignements. Il estime dès lors que son rapport, s'il était seulement basé sur ces renseignements, ne donnerait qu'une vue très partielle et pas nécessairement représentative de la place accordée aux mesures d'action positive aujourd'hui dans le monde. Certains extraits des réponses reçues, qui contiennent des informations particulièrement utiles à l'appui de certains des points abordés dans le présent rapport, sont reproduits en annexe.

I. LA NOTION D'ACTION POSITIVE

5. L'expression «action positive» est fréquemment utilisée, mais malheureusement pas toujours dans le même sens. Dans l'esprit de certains, la notion d'«action positive» recouvre aussi celle de «discrimination positive», mais il est important de souligner que cette deuxième expression n'a pas de sens. Compte tenu de la pratique générale actuelle consistant à utiliser le terme «discrimination» exclusivement pour désigner des «distinctions arbitraires» «injustes» ou «illégitimes», l'expression «discrimination positive» comporte une contradiction dans les termes : ou bien la distinction en

question est justifiée et légitime, parce que non arbitraire, et ne peut alors pas être qualifiée de «discrimination», ou bien elle est injustifiée ou illégitime, parce qu'arbitraire, et ne devrait alors pas être qualifiée de «positive». En revanche, en anglais, l'expression «positive action» est équivalente à «affirmative action». La première est plus souvent utilisée au Royaume-Uni. Dans bon nombre d'autres pays on utilisera d'autres expressions, notamment «politiques préférentielles», «places ou emplois réservés», «justice compensatoire ou distributive» et «traitement préférentiel».

6. En tant que notion juridique, l'«action positive» a sa place aussi bien dans le droit international que dans le droit national. Il s'agit cependant d'une notion qui n'a pas de définition juridique généralement acceptée. Toute discussion sérieuse sur la question exige au préalable la mise au point d'une définition pratique :

«L'action positive consiste en un ensemble cohérent de mesures, de caractère temporaire, visant spécifiquement à améliorer la situation des membres d'un groupe cible dans la société à un ou plusieurs égards, afin d'assurer leur égalité effective avec les autres groupes».

7. Une politique d'action positive peut être menée par différents acteurs appartenant soit au secteur public, tel que le gouvernement fédéral ou le gouvernement d'un État et les gouvernements locaux, soit au secteur privé, tel que les employeurs ou les établissements d'enseignement.

8. L'action positive concerne toujours un groupe cible donné composé d'individus qui ont tous une même caractéristique en commun sur laquelle se fonde leur appartenance à ce groupe et qui sont désavantagés. Cette caractéristique est souvent innée et inaliénable, telle que le sexe, la couleur de la peau, la nationalité ou l'appartenance à une minorité ethnique, religieuse ou linguistique, mais ce n'est pas forcément toujours le cas. De ce fait, les programmes passés et présents d'action positive ont toujours visé les femmes, les Noirs, les immigrants, les pauvres, les handicapés, les anciens combattants, les peuples autochtones, d'autres groupes raciaux, ou des minorités particulières.

9. Une question cruciale, qui suscitera bien des désaccords, sera de savoir comment déterminer quels sont les groupes suffisamment désavantagés pour mériter de bénéficier d'un traitement spécial. Même si certains instruments internationaux, tels que la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, sont particulièrement pertinents en la matière, c'est souvent la législation nationale qui permet d'identifier les bénéficiaires des mesures d'action positive.¹

10. La législation nationale commence généralement par instituer des mesures d'action positive qui visent un groupe défavorisé particulier. Mais ces mesures sont souvent étendues à d'autres groupes, ce qui soulève le problème d'une application trop large parce que parfois l'appartenance à certains groupes en fonction de la race, de l'origine ethnique ou du sexe est synonyme de désavantage. L'authenticité de la relation entre l'action positive et la réparation d'une discrimination subie dans le passé ou au sein de la société dépend de la mesure dans laquelle la race, l'origine ethnique ou le sexe constitue effectivement un indicateur du fléau social que le programme d'action positive vise à éliminer et de la mesure dans laquelle la prise en compte de la race, de l'origine ethnique ou du sexe constitue un moyen approprié de lutter contre la discrimination. Il peut arriver que des personnes qui n'ont pourtant pas elles-mêmes été

défavorisées en raison d'une discrimination subie dans le passé ou au sein de la société² bénéficient des mesures d'action positive. Aux États-Unis en particulier, la question a suscité un débat.³ Bien que les mesures d'action positive aient visé à l'origine les Africains-Américains, elles ont, au fil du temps, été aussi utilisées pour remédier aux inégalités subies par d'autres groupes défavorisés, dont la plupart étaient des immigrants.⁴ La question s'est posée de savoir si ces immigrants, qui sont venus de leur plein gré aux États-Unis, méritaient de jouir de la même protection que les Africains-Américains qui avaient été contraints à l'esclavage.⁵ En substance, les groupes protégés aux États-Unis comprennent toute une gamme de personnes qui sont en droit pour différentes raisons de demander réparation : descendants d'immigrants venus de leur plein gré, de peuples conquis et d'esclaves.

11. Un autre problème tient à la théorie des deux classes qui soulève la question de savoir qui bénéficie véritablement des politiques préférentielles. Il semble que ce soit les éléments les plus chanceux des groupes désignés comme bénéficiaires qui tirent le plus profit des mesures d'action positive. Ainsi, les femmes blanches de la classe moyenne bénéficieront davantage que les femmes des classes inférieures et d'une autre origine ethnique des mesures volontaristes en faveur des femmes. Ou alors, lorsque c'est une catégorie plus large qui est visée par ces mesures, telle que les Hispaniques ou les Asiatiques-Américains, ce sont certains groupes ethniques à l'intérieur de ces catégories qui en bénéficieront le plus parce qu'ils occupent déjà une position plus élevée dans la société économiquement et professionnellement parlant et sur le plan de l'instruction. Autrement dit, les bénéficiaires des programmes d'action positive ont tendance à être les membres les plus riches et les moins démunis d'un groupe.

12. Cette théorie des deux classes peut aboutir à la création d'une autre minorité «défavorisée» ou «victime de discrimination» au sein de la majorité. Il est probable que les programmes de mesures préférentielles créent de nouveaux groupes défavorisés. De fait, il y a de fortes chances que les membres de la majorité qui ne parviennent pas à obtenir la position sociale à laquelle ils aspirent du fait de l'application d'un programme d'action positive se situent parmi les moins bons de la population blanche ou de sexe masculin et que les membres de la minorité qui bénéficient de ces programmes se situent parmi les meilleurs de la population minoritaire ou de sexe féminin.⁶ Ainsi, il se peut tout à fait que les mesures préférentielles entraînent un déplacement de la charge sociale d'un groupe à l'autre.

13. Déterminer si un individu appartient ou non au groupe cible peut s'avérer assez complexe. Par exemple, jusqu'à quel point faut-il être «noir» pour faire partie de la catégorie des «Noirs» pouvant bénéficier des programmes d'action positive ? En ce qui concerne les immigrants, on ne sait pas toujours très bien quelles personnes peuvent être encore classées dans la catégorie des immigrants lorsqu'il s'agit d'immigrants de la deuxième, de la troisième ou de la quatrième génération. Qu'en est-il des enfants issus de mariages mixtes ? De plus, on connaît déjà des cas d'individus ou de groupes entiers qui se redéfinissent et qui font valoir un statut particulier pour pouvoir bénéficier des mesures d'action positive.⁷

14. Certains sont favorables à l'élaboration d'une nouvelle loi sur le statut ethnique et racial des personnes afin de déterminer lesquelles peuvent bénéficier de ces mesures. Pour d'autres, la façon dont le groupe lui-même se perçoit et dont l'ensemble de la collectivité au sein de laquelle il vit le perçoit sont des éléments décisifs. Naturellement, cette perception peut changer avec le temps. La Recommandation générale n° VIII du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale concernant l'interprétation et l'application des paragraphes 1 et 4 de l'article premier de la

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale est particulièrement intéressante à cet égard.⁸ Ayant examiné les rapports d'États parties où figuraient des renseignements sur les moyens permettant d'identifier les individus comme appartenant à un groupe ou à des groupes raciaux ethniques particuliers, le Comité a émis l'avis que cette identification devait, sauf justification contraire, être fondée sur la manière dont s'identifie lui-même l'individu concerné.

15. Il est clair que la sélection et la définition des groupes cibles visés par des programmes d'action positive posent un problème majeur. Il est donc important de ne pas fonder l'action positive uniquement sur l'appartenance à un groupe mais de prendre en compte d'autres facteurs tels que des facteurs socioéconomiques pour s'assurer que quelqu'un répond aux conditions requises pour bénéficier des mesures d'action positive. Cela implique une conception plus individualisée de l'action positive, qui permette de donner des chances à un individu en fonction de ses besoins individuels et pas uniquement en raison de son appartenance à un groupe.⁹

II. ARGUMENTS EN FAVEUR DE L'ACTION POSITIVE

16. Lorsqu'ils adoptent une politique d'action positive, les États s'efforcent de la justifier aux yeux de l'opinion publique. Les raisons avancées dépendront essentiellement du contexte social particulier de l'État en question. Certaines des plus courantes sont examinées ci-dessous ainsi que les contre-arguments qui leur sont opposés.¹⁰

A. Réparer ou redresser des injustices historiques

17. Le but recherché est de remédier à la discrimination délibérée ou spécifique subie dans le passé dont les effets se font encore sentir aujourd'hui. Certains groupes défavorisés ont été victimes pendant longtemps d'une discrimination qui a mis leurs descendants en position de défavorisés en raison par exemple d'un manque d'instruction et de formation.

18. Cet argument a été et est toujours principalement utilisé par les États-Unis à l'appui des mesures prises par les pouvoirs publics pour «surmonter les effets actuels de la discrimination raciale dont les Africains-Américains ont souffert dans le passé». Les programmes d'action positive aux États-Unis trouvent leur origine dans le décret 10925 pris par le Président J.F. Kennedy en 1961 et le décret 11426 signé par le Président Lyndon Johnson en 1965.¹¹ La Commission des droits civils des États-Unis a alors affirmé : «L'action positive englobe toute mesure qui ne vise pas simplement à mettre fin à une pratique discriminatoire mais qui a pour but de réparer une discrimination subie dans le passé ou dans le présent ou d'empêcher que cette discrimination ne se produise à nouveau dans l'avenir.¹² Ce sont les mêmes raisons qu'invoque par exemple le Gouvernement australien pour justifier sa politique d'action positive en faveur des aborigènes d'Australie.

B. Remédier à la discrimination sociale/structurelle

19. Le fait que les inégalités persistent notamment dans le domaine social et économique et dans celui de l'éducation montre que la reconnaissance du principe de l'égalité de tous devant la loi permet d'établir une égalité théorique mais ne suffit pas pour remédier comme il convient aux pratiques qui conduisent à l'instauration d'une discrimination structurelle dans la société. La notion de discrimination structurelle recouvre en substance toutes les mesures, procédures, actions ou

dispositions juridiques qui paraissent neutres à première vue par rapport à la race, au sexe, à l'appartenance ethnique, etc., mais qui ont des conséquences négatives surtout pour les groupes défavorisés sans raison objective. Cette forme de discrimination peut se manifester de deux façons. On peut délibérément dissimuler ses intentions derrière des critères objectifs; ou alors on peut très bien agir de bonne foi en exigeant certaines compétences professionnelles. Mais, dans les deux cas, on aboutit à une discrimination indirecte ou occulte. Par exemple, l'exigence d'une taille minimum peut fortement désavantager les femmes et les Asiatiques et peut être une condition d'attribution d'un emploi injustifiable si elle n'est pas objectivement nécessaire comme peuvent l'être des tests d'aptitude physique ou d'aptitude à l'écriture. Cette discrimination n'est pas toujours décelable à première vue. La notion traditionnelle de non-discrimination repose essentiellement sur une attitude neutre, c'est-à-dire une égalité de fait, la réparation ne s'appliquant que dans le cas d'une discrimination explicite ou directe.¹³

C. Instaurer la diversité ou une représentation proportionnelle des groupes

20. Récemment, les tenants de la théorie de la race comme élément déterminant et d'autres universitaires américains ont élaboré une nouvelle thèse sur laquelle fonder l'action positive qui consiste à dire que la diversité raciale et ethnique dans le secteur de l'éducation et de l'emploi est une composante nécessaire de toute société juste.¹⁴ Selon eux en effet, un milieu diversifié sur le-plan racial et ethnique est le reflet de la société en général et favorise la création d'un sens communautaire, plus représentatif et plus riche. «La diversité positive» leur semble un meilleur moyen de faire droit à la demande de justice compensatoire des minorités raciales et ethniques, et ils estiment par conséquent que la diversité en tant que raison d'être des préférences raciales doit être distinguée de l'action positive.

21. La notion de diversité pour justifier les préférences raciales dans le contexte de l'enseignement supérieur est apparue pour la première fois dans l'affaire *DeFunis v. Odegaard* (416 U.S. 312, 1974).¹⁵ Dans son opinion dissidente, le juge Douglas a écrit qu'il lui semblait évident que la jurisprudence de la Cour suprême militait contre le recours aux préférences raciales à des fins correctives, à moins que «soient prises en compte les normes culturelles d'une société diversifiée plutôt qu'homogène». Cet argument de la diversité a été par la suite avancé dans l'affaire *Regents of the University v. Bakke* (483 U.S. 265, 1978). Le juge Powell, écrivant au nom de la majorité, a fait valoir que la race pouvait être l'un des nombreux facteurs à prendre en considération lors de la prise des décisions en matière d'admission à l'université. Le but légitime était l'intérêt que pouvait présenter pour l'université un corps d'étudiants diversifié. La liberté de l'université allait jusqu'au droit de sélectionner les étudiants, de sorte que le campus puisse bénéficier de la diversité des origines des étudiants admis et que chacun puisse ainsi enrichir son expérience.¹⁶

D. Arguments concernant l'utilité sociale¹⁷

22. Les partisans de l'action positive mettent souvent en évidence les nombreux objectifs sociaux qu'une telle politique permettrait probablement d'atteindre. Des mesures d'action positive bien conçues permettraient d'améliorer le bien-être de nombreuses personnes de différentes façons.

23. L'action positive pourrait se traduire par une amélioration du service fourni aux groupes défavorisés, dans la mesure où un personnel spécialisé issu d'un groupe défavorisé comprendrait et connaîtrait mieux les problèmes que connaissent les groupes défavorisés. De plus, lorsque des membres de groupes défavorisés occuperont des postes de pouvoir et d'influence, les intérêts de

tous les groupes défavorisés seront mieux perçus et protégés. Une représentation visible et juste de ces groupes défavorisés dans divers domaines, tels que l'emploi ou l'éducation, assurera une meilleure efficacité sociale et politique dans ces domaines.

24. Un autre argument avancé est que l'action positive peut fournir aux communautés défavorisées des modèles identificatoires qui peuvent constituer pour eux une incitation et une motivation importantes. De plus, la présence accrue de membres de groupes défavorisés dans différents milieux sociaux favorisera la destruction des stéréotypes et des préjugés odieux qui exercent encore une emprise tenace sur bon nombre de sociétés.

25. Toutefois, nombreux sont ceux qui affirment que ce type d'action positive met la qualité en danger. En donnant la préférence à des personnes moins qualifiées, uniquement en raison de leur appartenance à un groupe donné, on risque de renforcer les stéréotypes au lieu de les faire disparaître du fait, par exemple, d'une réduction de l'efficacité dans le secteur de l'industrie et de l'éducation due à la baisse du niveau de compétence. Il se peut même que l'on perpétue ainsi les préjugés raciaux.

E. Prévenir les troubles sociaux

26. Nul ne peut ignorer que les programmes d'action positive qui vont des programmes spéciaux en faveur de régions défavorisées et des mesures préférentielles en faveur des femmes dans l'Union européenne aux programmes d'instauration de quotas régionaux en Inde et au Nigéria servent à la fois à promouvoir les intérêts des membres défavorisés de la société et à compenser les inégalités intrinsèques du pouvoir économique et politique, dans l'espoir d'éviter des troubles sociaux.¹⁸

27. Dans les années 60, les États-Unis ont dû faire face à diverses émeutes raciales qui ont profondément étonné un grand nombre d'Américains, non seulement parce que ces émeutes ont eu lieu pour la plupart dans des villes du nord mais aussi parce qu'elles se sont produites après l'entrée en vigueur de la loi sur les droits civils (*Civil Rights Act*) et de la loi sur le droit de vote (*Voting Rights Act*), en 1964 et 1965 respectivement. Il avait été enfin interdit de faire des distinctions fondées sur la race dans la société américaine, et la communauté noire avait obtenu le droit de vote; mais cela ne suffisait pas encore pour un grand nombre de dirigeants de militants noirs. À la suite des émeutes violentes et meurtrières de Watts en 1965, les politiciens ont jugé la situation suffisamment menaçante pour décider de prendre des mesures. Aussi bien le Président John Kennedy que le Président Lyndon Johnson ont compris que les relations raciales aux États-Unis avaient atteint un seuil critique. Outre la mise en place de programmes de lutte contre la pauvreté comme le célèbre plan de guerre à la pauvreté du Président Johnson, une tentative a été faite pour réduire le chômage des Noirs par l'application de mesures énergiques d'action positive telles que l'instauration controversée de quotas. Selon le Président Johnson : «Donnez du travail à ces gens et vous n'aurez pas de révolution parce qu'ils ont été laissés de côté. S'ils travaillent, ils ne jetteront pas de bombes sur vos maisons et vos entreprises. Occupez-les et ils n'auront pas le temps d'incendier vos voitures».¹⁹

F. Meilleure efficacité du système socioéconomique

28. Certains économistes affirment que l'élimination de la discrimination à l'égard des groupes défavorisés rendra le système socioéconomique plus efficace et plus juste. Le fonctionnement du marché du travail sera optimisé si les imperfections actuelles dues à des préjugés irrationnels sont corrigées.²⁰

G. Un moyen d'édification de la nation

29. Lors de la création d'un nouvel État, on s'efforce d'instaurer une société plus égalitaire et d'instituer une nationalité commune afin de renforcer sa souveraineté. On l'a souvent vu dans le cas des États qui avaient accédé à l'indépendance après une longue période de colonisation. Ces États étaient en proie à des divisions dues à des conflits interethniques ou étaient conscients du fait que plusieurs groupes étaient à la traîne.

H. Égalité de chances ou égalité de résultats

30. Il est clair que l'action positive a pour principal objectif l'instauration d'une société plus égalitaire. Toutefois, il existe de nombreuses conceptions antagoniques et conflictuelles de l'égalité. L'égalité elle-même est essentiellement une catégorie indéterminée que souvent les décideurs définissent eux-mêmes.

31. Deux conceptions de l'égalité sont particulièrement pertinentes dans le cadre de l'action positive : l'égalité de chances et l'égalité de résultats. Le choix de telle ou telle conception déterminera également le type de programme d'action positive souhaité ou préféré et l'idée de la justice sociale que la société veut traduire dans les faits.²¹

32. L'égalité de chances correspond à l'idée que la législation sur l'élimination de la discrimination a pour but de limiter la discrimination en supprimant/expurgeant du processus de prise de décisions toutes les considérations illégitimes liées à la race, au sexe ou à l'appartenance ethnique qui ont des conséquences néfastes pour les individus. On ne s'occupe pas du résultat, si ce n'est comme indicateur d'un processus inapproprié. C'est une approche aussi nettement individualiste, axée sur la recherche de l'équité pour l'individu. Elle découle d'une vision libérale de la société, fondée sur le respect de l'efficacité, du mérite et de l'accomplissement.

33. Cette conception de l'égalité est jugée «réalisable» dans la mesure où l'on est à peu près certain de l'objectif à atteindre. Par exemple, dans le contexte de l'emploi, cela voudra dire que des individus pourront concourir sur le marché du travail et que leur qualification sera évaluée exclusivement au regard des compétences requises pour satisfaire aux exigences des emplois à pourvoir. Cela signifie qu'aucune considération liée à la race, au sexe et à l'origine ethnique ne doit entrer en ligne de compte dans le traitement réservé aux candidats. Des personnes devraient pouvoir ainsi être sélectionnées et recrutées quels que soient notamment leur race, leur sexe ou leur origine ethnique. L'égalité de chances favorise la liberté de choix et la libre concurrence entre les individus. Elle donne ainsi à chacun des possibilités de mobilité sociale en fonction de ses aptitudes et de ses compétences propres. Les mesures d'action positive correspondantes consisteront, ce qui n'est pas surprenant, en mesures visant à développer les compétences et à favoriser une prise de décisions exempte de tout a priori racial ou sexuel (recrutement préférentiel et traitement préférentiel).

34. Ceux qui critiquent l'égalité de chances sont d'avis que son objectif devrait être de préciser clairement les effets des processus de prise de décisions. Selon eux, l'objectif fondamental poursuivi est l'amélioration de la situation relative des groupes défavorisés. Il s'agit de la place relative qu'occupent des groupes ou des catégories plutôt que de celle d'individus. L'égalité ne peut dépendre de l'accomplissement individuel.

35. Lorsque les partisans de l'égalité des chances soutiennent que les talents et les compétences ne sont pas répartis uniformément entre tous les membres de la race humaine, les partisans de l'égalité de résultats affirment qu'ils le sont totalement. Les hommes, les femmes, les Blancs et les minorités ethniques possèdent en moyenne les mêmes talents et les mêmes compétences. Ainsi, l'application du principe de l'égalité de chances devrait se traduire par une répartition égale des différents groupes, c'est-à-dire que les hommes, les femmes, les Blancs et les minorités ethniques seraient représentés dans les postes de pouvoir et d'influence proportionnellement à leur nombre total dans la société. Si l'on suit ce raisonnement, on aboutit à la conclusion que les fortes inégalités de résultats entre les groupes doivent être nécessairement dues à l'existence d'un système ou d'une structure de discrimination qui résulte de certaines pratiques.

36. La théorie de l'égalité de résultats est plus controversée en raison de ses méthodes d'application qui sont indéterminées et ingérables, telles que l'adoption de quotas. On critique souvent les quotas parce qu'ils conduiraient à défavoriser d'autres groupes vulnérables qui revendiquent aussi l'égalité, parce qu'ils contribueraient à susciter l'hostilité et le ressentiment entre les groupes sociaux et parce qu'ils ne tiendraient pas compte de l'élément fondamental que constitue le choix individuel. On aboutit ainsi à la mise à l'écart ou à l'exclusion de ceux qui se seraient vu attribuer un bien social si l'on avait appliqué des critères traditionnels.

37. Mais faut-il demander aux individus de faire des sacrifices pour compenser le tort causé à certains membres des groupes cibles ? On l'a déjà dit, il faut absolument éviter la discrimination à rebours. Comme l'a fait observer McCrudden, cette approche ne tiendrait pas suffisamment compte du fait que les efforts pour aider les groupes défavorisés se font au détriment de tiers qui sont peut-être «innocents», non-responsables des torts causés dans le passé, qui n'ont tiré aucun profit de la discrimination exercée à l'égard de ces groupes dans le passé et qui font partie de certains des groupes les moins favorisés de la collectivité sur le plan économique.²²

38. Il est intéressant de noter que la plupart des pays ont commencé par des programmes d'action positive fondés sur la théorie de l'égalité de chances. Mais cette théorie a été progressivement remplacée par celle de l'égalité de résultats sous la pression politique ou sociale.²³ Souvent, les deux théories se mêlent et la législation n'indique pas clairement quelle est celle qui doit être appliquée.

39. Néanmoins, il est clair qu'il ne s'agit pas simplement de dire que l'on est pour ou contre l'action positive en faveur d'un groupe donné. Ce qui importe surtout c'est de savoir si la méthode appliquée pour essayer d'améliorer la situation de ce groupe est acceptée ou rejetée par les autres.²⁴ Une dernière remarque : les mesures d'action positive ne remplacent pas les programmes de lutte contre la pauvreté. Elles ne se substituent pas non plus à des lois sur l'élimination de la discrimination, car elles n'avantagent par exemple en aucune façon des groupes tels que les minorités chinoises ou juives, qui sont en butte à la discrimination dans plusieurs pays sans, dans l'ensemble, être défavorisés.²⁵

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

40. 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 interprétation.²⁶

41. 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)».²⁷

42. 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 chances.²⁸ 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 droits.²⁹

43. 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.

44. 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.

45. 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».³⁰

46. 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 Pacte.³¹

47. 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 attardé de la population ne seront pas considérées comme des distinctions au sens du présent article».

48. 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 rapport.³² Il en a été de même concernant l'article 26.³³

49. 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».³⁴

50. Le Comité des droits de l'homme a confirmé dans sa pratique cette position concernant l'action positive. 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».³⁵

51. Dans *Ballantyne, Davidson and McIntyre c. Canada*, le Comité a estimé cependant 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 choix.³⁶ 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.

52. 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.

53. Selon Thornberry, on peut donc en conclure que la notion d'action positive n'est pas contraire aux dispositions des deux Pactes.³⁷ 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'homme.³⁸ Toutefois, il convient de souligner qu'aucun des

deux Pactes n'a expressément reconnu le caractère obligatoire de l'action positive³⁹ et que ni la forme de cette action ni le type de situation en exigeant l'adoption n'ont été définies, compte tenu de la complexité de la question.

54. 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.

55. 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.

56. 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, 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.

57. 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 positive.⁴⁰ 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 égalité.⁴¹

58. 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 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».

59. 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.

60. 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 adoptée 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 citoyens.⁴²

61. 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.⁴³

62. 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.

63. 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 professionnelle.⁴⁴

64. 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 économiques, sociaux et culturels [civils et politiques] énoncés dans le présent Pacte».

65. 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 faits.⁴⁵ 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 lois.⁴⁶

66. En 1975, l'OIT a adopté la Déclaration sur l'égalité de chances et de traitement pour les travailleuses.⁴⁷ Le paragraphe 2 de l'article premier stipule qu'un traitement spécial positif pendant une période transitoire, visant une égalité effective entre les sexes, ne sera pas considéré comme discriminatoire.⁴⁸ 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 retard.⁴⁹

67. 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».

68. 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 terme.⁵⁰

69. 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. 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 ?

70. Dans sa Recommandation générale n° 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».⁵¹

IV. FORMES D'ACTION POSITIVE

71. L'action positive est souvent considérée comme un concept générique, comme si les mesures correspondantes étaient toutes les mêmes. Or une étude réalisée pour l'OIT par Hodges-Aeberhard et Raskin démontre qu'en réalité, les méthodes utilisées pour atteindre les objectifs fixés peuvent aussi varier : la conformité à la législation pertinente peut être démontrée par la mise en œuvre de toute une gamme de mesures adaptées à un contexte particulier.⁵² Certaines formes d'action positive seront plus efficaces ou appropriées que d'autres pour promouvoir l'égalité en fonction du contexte particulier dans lequel elles s'inscrivent et du choix politique qui a été fait. En outre, comme cela a été souligné dans le rapport préliminaire, les mesures d'action positive doivent toujours respecter le principe de non-discrimination. La mise en œuvre d'une action positive sous la forme de mesures de «mobilisation positive» ou d'«équité de traitement» ne suscite pas de controverses à la différence du recours à des «mesures préférentielles».

A. Mobilisation positive ou équité de traitement

72. Les mesures spéciales peuvent être appelées mesures de «mobilisation positive» lorsque, par l'intermédiaire du recrutement préférentiel, les groupes visés sont énergiquement encouragés et amenés à solliciter un bien social comme un emploi ou une place dans un établissement d'enseignement.⁵³ Cela peut se faire par voie d'annonce ou dans le cadre d'autres initiatives aux fins de recrutement lorsqu'on s'est assuré que l'information parvient effectivement aux groupes visés. On pourrait par exemple mettre sur pied des programmes de formation en cours d'emploi pour permettre aux membres de minorités d'acquérir les compétences qui leur permettraient de briguer des emplois et une promotion au même titre que d'autres. L'idée sous-jacente est qu'il ne peut y avoir d'égalité de fait si les effets de la discrimination ont privé certains de la possibilité d'acquérir les compétences nécessaires pour pouvoir rivaliser avec d'autres.⁵⁴ Le recrutement préférentiel permettrait ainsi, grâce à des mesures correctives telles que des programmes de formation en cours d'emploi ou d'information et d'autres programmes de renforcement des compétences ou de capacitation, de placer ceux qui ont été défavorisés en position de compétitivité. Cela peut aussi impliquer que l'on prenne l'initiative de faire connaître aux membres de groupes défavorisés les avantages dont ils peuvent bénéficier dans le domaine du logement ou dans d'autres domaines sociaux.

73. On peut parler de mesures d'«équité de traitement» lorsqu'il est procédé à un examen attentif des décisions prises pour s'assurer que les membres de groupes cibles qui sollicitent un bien social par exemple, l'admission dans un établissement d'enseignement, un emploi ou une promotion, ont été équitablement traités. Autrement dit, ont-ils été jugés en fonction de leur mérite ou bien le racisme ou le sexisme a-t-il joué un rôle dans le processus d'évaluation ? On peut le déterminer en établissant des mécanismes efficaces et crédibles chargés d'examiner les allégations de discrimination, en vérifiant les décisions prises et en examinant les pratiques suivies afin d'éliminer celles qui sont involontairement discriminatoires. Tout ceci pour veiller à ce que les critères de recrutement ou de promotion appliqués soient justifiés par rapport à l'emploi considéré et ne masquent pas une discrimination raciale ou sexuelle. Cela signifie que les décisions prises en matière de recrutement ou de promotion doivent être neutres et que les candidats doivent être évalués en fonction de leur mérite propre et non de leur qualité de membres d'un groupe particulier. Cela revient à dire que ce sont toujours les «mieux qualifiés» qui devraient être recrutés.

74. La mobilisation positive et l'équité de traitement supposent l'adoption de mesures destinées à surmonter les problèmes sociaux d'un groupe cible, mais ces mesures n'entraînent pas elles-mêmes de discrimination à l'égard des personnes qui ne sont pas membres de ce groupe. C'est en fait la société tout entière qui supporte le coût de l'action positive. Ainsi, ces mesures sont elles-mêmes neutres mais lorsqu'il s'agit de les justifier, ou bien de les planifier ou de suivre leur application, les considérations de race sont certainement prises en compte. C'est probablement pour cette raison, entre autres, que le recrutement préférentiel et l'équité de traitement dans le cadre de l'action positive sont bien accueillis et acceptés.

B. Mesures préférentielles

75. Par mesures préférentielles, il faut entendre la prise en compte du sexe ou de la race de quelqu'un pour lui accorder ou lui retirer un bien social. Cela peut signifier deux choses.

76. Premièrement, que lorsque deux personnes à qualifications égales sollicitent par exemple un emploi, une promotion ou une subvention, préférence sera donnée à celle qui appartient à un groupe désigné comme devant bénéficier de mesures d'action positive.

77. Deuxièmement, que d'autres mesures plus radicales seront prises.⁵⁵ On peut par exemple interdire aux membres des groupes non désignés de demander à bénéficier de certaines possibilités. Ou alors, ils y sont autorisés mais même s'ils sont mieux qualifiés, préférence sera néanmoins donnée aux membres des groupes désignés. Ceux-ci peuvent se voir automatiquement octroyer des points supplémentaires lors de concours, procédure qui est désignée sous le nom de «race-norming» (*application de normes liées à la race*). Les critères appliqués pour évaluer les demandes d'admission à l'université ou d'emploi peuvent être moins stricts dans leur cas. Le nombre de biens sociaux qui doit être attribué aux groupes désignés peut être imposé en vertu d'un système officieux de pourcentages, directives, objectifs, quotas ou places et emplois réservés.⁵⁶

78. Les mesures préférentielles constituent la forme la plus controversée de l'action positive. Les opposants affirment que ce type d'action positive a pour conséquence une baisse du niveau des compétences professionnelles et peut même jeter le discrédit sur les groupes visés. De plus, elle fait des réparations collectives le meilleur moyen d'améliorer la situation des groupes cibles. Cette

approche se heurte à une forte résistance. Fonder le droit à certaines prestations uniquement sur l'appartenance à un groupe met de nouveau en évidence l'opposition qui existe, en particulier dans les États démocratiques libéraux, entre les droits individuels et les droits collectifs.⁵⁷

79. Pour beaucoup, ce type d'action positive constitue une discrimination, les gens étant traités comme des membres de groupes ou de catégories sans prise en compte de leur mérite propre⁵⁸. Même si elles ont satisfait à tous les critères, des personnes se verront néanmoins privées de ce qui leur reviendrait normalement de plein droit. La discrimination s'exerce à travers le rationnement des biens sociaux, ce qui veut dire que des membres d'autres groupes ne pourront plus prétendre à ces biens sociaux dont l'offre est à présent limitée. Ce sont alors certains individus qui supportent le coût de l'action positive. En somme, appliquer ce type de mesures revient à faire subir un préjudice aux membres du groupe A pour améliorer la situation des membres du groupe B. Cela crée des problèmes au regard du droit international des droits de l'homme, a) parce que ce préjudice est généralement causé dans des domaines de la vie, tels que la santé, l'éducation, le travail et la participation à la vie politique, qui sont protégés par des articles spécifiques des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et b) parce que les motifs pour lesquels ce préjudice est causé (sur la base desquels les personnes sont classées dans la catégorie A ou B) sont précisément ceux-là même qui sont expressément interdits par les dispositions prohibant la discrimination. Il sera donc très difficile de concilier les exigences de stratégies adaptées aux problèmes des groupes cibles et les exigences apparemment contradictoires de la justice individuelle.

80. Dans le rapport sur la situation sociale dans le monde, 1997, il a été dit que les pouvoirs publics imposent des quotas ou d'autres mesures préférentielles *strictes* sans consensus préalable, s'aliénant ainsi les citoyens qui perdent le droit de rivaliser, sur un pied d'égalité avec les membres des groupes désavantagés sur le marché du travail. En l'absence de consensus, les quotas peuvent se révéler extrêmement conflictuels. Il est reproché aux gouvernements de trouver néanmoins un certain attrait à ces mesures strictes qui n'entraînent ni augmentation des impôts ni accroissement des dépenses. Il est bien plus facile d'imposer des quotas que de s'attaquer aux facteurs sous-jacents de l'inégalité de fait entre les groupes, notamment la discrimination, la pauvreté, le faible niveau d'éducation, la malnutrition et l'isolement géographique grâce à une redistribution des revenus.⁵⁹

V. L'ACTION POSITIVE NE DOIT PAS SE TRADUIRE PAR UNE DISCRIMINATION

81. 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.

82. 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 arbitraire.⁶⁰ L'interdiction de la discrimination figure dans tous les instruments internationaux.

83. 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 compte.⁶¹ 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.

84. 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 normatif.⁶²

85. 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 confusion.⁶³ 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».

86. 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».

87. Il est généralement admis 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».

88. 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 l'Argentine, l'Italie et

le Mexique tendant à remplacer le terme «distinction» par le terme «discrimination» a été adopté à une écrasante majorité.⁶⁴ 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.

89. 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».⁶⁵

90. 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').»⁶⁶

91. Le concept de non-discrimination a été précisé plus avant dans un certain nombre d'études effectuées par des rapporteurs spéciaux de la Sous-Commission.⁶⁷ 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 illégales.⁶⁸ «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 légale.⁶⁹

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 justifier.⁷⁰

92. 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.

93. 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 justice.⁷¹

94. 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». ⁷²

95. Ces principes ont ultérieurement été appliqués dans un grand nombre d'affaires. ⁷³

96. 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». ⁷⁴

97. Divers auteurs ont par ailleurs analysé les différents éléments constitutifs de la discrimination. ⁷⁵ 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 des Nations Unies 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».

98. 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.

99. 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.

100. 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».

VI. CONCLUSIONS

101. Il ne fait aucun doute que l'application constante dans le passé d'une politique de discrimination systématique à l'égard de certains groupes de la population peut justifier – voire quelquefois appeler – l'adoption de mesures spéciales pour remédier aux séquelles de l'état d'infériorité dans lequel se trouvent encore les personnes appartenant à ces groupes. L'expression «action positive» est l'expression juste pour décrire ce type de mesures spéciales.

102. Un large éventail de mesures sont qualifiées de mesures d'action positive. En effet, les mesures présentées comme des mesures d'action positive peuvent revêtir des formes très différentes. Ces mesures ne sont pas controversées si elles prennent la forme de mesures de «mobilisation positive», c'est-à-dire lorsque, par un recrutement préférentiel, les groupes visés sont énergiquement encouragés et amenés à solliciter un emploi, ou la forme de mesures d'«équité de traitement», selon lesquelles il est procédé à un examen attentif des décisions prises pour s'assurer que les membres d'un groupe cible qui sollicitent un emploi ont été équitablement traités. La situation est plus délicate lorsque l'action positive revêt la forme de «mesures préférentielles». Mais même ces mesures ne sont pas critiquables si la préférence n'est accordée aux membres du groupe visé que si ceux-ci sont aussi qualifiés que les personnes n'appartenant pas à ce groupe.

103. En matière de droits de l'homme, une préférence n'est justifiée que si elle est fondée sur un motif pertinent par rapport au droit en cause. Par exemple, dans les domaines de l'emploi et de l'éducation, le critère principal est celui de la compétence. On cite fréquemment à cet égard l'exemple de l'engagement d'un violoniste dans un orchestre. Le critère déterminant doit être la compétence du candidat violoniste. Il n'y a pas lieu de prendre en considération la couleur de la peau, le sexe, la religion, la langue ou la conviction politique du candidat. Sa capacité à bien jouer du violon doit être le seul facteur décisif. Pour éviter que les membres du jury soient influencés par des éléments non pertinents, on peut même imaginer que les candidats auditionnés jouent derrière un rideau abaissé. Si quelqu'un a besoin d'une intervention chirurgicale vitale, l'élément qui est important pour le patient est la capacité du chirurgien à faire l'opération, et tous les autres facteurs n'ont au mieux qu'une importance relative.

104. Néanmoins, dans certains domaines, d'autres critères que la compétence peuvent également être pertinents et pris en considération. Certains critères sont pertinents dans certains domaines et pas dans d'autres. En particulier, dans le secteur public, des critères autres que celui de la compétence, tels que la représentation proportionnelle des différents groupes qui composent la société, peuvent apparaître pertinents. Au plan politique, les membres du Gouvernement sont désignés sur la base de la confiance dont ils jouissent auprès des groupes politiques qui forment la majorité au Parlement. Le facteur déterminant est celui de la «représentativité». Dans une société diversifiée, la représentation proportionnelle des groupes particuliers peut apparaître comme souhaitable. Dans certains cas, il se peut même que l'électorat ait des avis partagés en fonction de critères considérés comme particulièrement pertinents dans l'exercice du pouvoir politique. Quelquefois même, ces critères sont pris en considération dans de larges sphères de la vie publique, notamment en ce qui concerne le service militaire, l'armée, la police, le pouvoir judiciaire, etc.

105. Il n'est pas possible d'indiquer de manière générale et absolue dans quelle mesure ces critères doivent être pris en compte. Tout dépend des conditions particulières prévalant dans la société dans laquelle les mesures sont prises. Il faut faire intervenir les différents éléments historiques, culturels, sociologiques, économiques et autres qui sont propres à chaque société. C'est le rôle même des juges – des juridictions administratives, judiciaires, ou même constitutionnelles ou internationales – que de vérifier, dans chaque cas particulier, si la règle ou son application respectent l'interdiction de la discrimination et le principe d'égalité devant la loi au respect duquel chacun peut prétendre.

106. En ce qui concerne les «mesures préférentielles»,⁷⁶ il convient d'être particulièrement attentif au caractère «temporaire» des mesures prises. Bien qu'en général cette exigence ne soit pas contestée, la durée de la plupart de ces mesures est «indéfinie», «non limitée dans le temps» ou «indéterminée» et la loi ne fixe pas de date limite. En outre, si une date limite est prévue, il arrive néanmoins qu'elle soit reportée sans que préalablement le programme de «mesures préférentielles» ait été reconsidéré. Le caractère nécessaire des mesures est souvent invoqué sans que l'on ait auparavant essayé d'appliquer des formes non critiquables d'action positive («mobilisation positive» ou «équité de traitement») et sans que la proportionnalité des mesures au but visé ait été examinée. En appréciant l'opportunité des mesures, il convient de vérifier si les avantages procurés et les inconvénients découlant des mesures sont suffisamment équilibrés, d'une part en s'assurant que les mesures permettent effectivement d'atteindre l'objectif poursuivi et d'autre part en se souciant des incidences négatives des mesures. Les personnes directement touchées par les effets des mesures devraient être habilitées à prendre part à l'évaluation de ces mesures. La question de fond est celle de savoir si l'on peut faire assumer à certains individus plutôt qu'à la société dans son ensemble le coût de la poursuite d'un objectif social motivée par la honte du passé.

107. Il est évident que l'on ne saurait justifier une mesure destinée à favoriser les membres de groupes antérieurement désavantagés en faisant simplement référence à la finalité de la mesure prise, quelle que soit la légitimité de cette finalité. Chacun peut prétendre jouir de ses droits et libertés fondamentaux et nul ne doit subir de discrimination dans l'exercice de ses droits et libertés fondamentaux, quel que soit l'objectif poursuivi par la mesure discriminatoire. Le caractère discriminatoire dépend des caractéristiques particulières de toute mesure appliquée pour atteindre un objectif donné et non de l'objectif lui-même.

108. La prohibition de la discrimination serait un principe sans aucune valeur normative si l'on pouvait justifier n'importe quelle distinction en la qualifiant de mesure d'action positive. Le principe d'égalité et de non-discrimination, principe le plus fondamental en matière de droits de l'homme, qui s'applique à tous les droits, libertés et garanties, perdrait tout son sens si l'on pouvait justifier des mesures qui nettement et manifestement privent des personnes d'un droit, d'une liberté ou d'une garantie selon un critère non pertinent par rapport au droit ou à la liberté en cause en leur attribuant la qualification de mesures d'action positive. Une bonne intention ou un objectif légitime ne suffit pas à justifier n'importe quelle distinction fondée sur un motif quel qu'il soit dans un domaine donné. Il ne suffit pas que les personnes bénéficiaires de la mesure appartiennent à un groupe dont les membres ont été dans le passé victimes du même type de mesure exactement. Une injustice ne se répare pas par une autre injustice. Ce n'est pas parce que les descendants des victimes du passé prennent la place des descendants des oppresseurs d'hier qu'une mesure discriminatoire cesse d'être illégale et devient conforme aux exigences de la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

109. Ce n'est pas parce qu'une autorité nationale qualifie une mesure qu'elle a prise de mesure d'action positive que cette mesure est justifiée. La prohibition de la discrimination s'applique également aux mesures que les autorités nationales qualifient de mesure d'action positive. Il revient aux autorités nationales de trouver les moyens d'adopter des mesures d'action positive qui aident les membres de groupes victimes de discrimination dans le passé à vaincre les effets persistants des politiques discriminatoires antérieures. D'une manière générale, les pouvoirs publics devraient prendre des mesures qui aident ces personnes à acquérir les mêmes qualifications que les membres de groupes qui jouissaient d'une situation favorable dans le passé. À travers les mesures d'action positive, il conviendrait d'aider ces personnes à acquérir les qualifications requises plutôt que d'abaisser le niveau des qualifications. Les efforts doivent tendre à améliorer les qualifications des groupes visés plutôt qu'instaurer différentes catégories d'exigences à partir de critères qui n'ont pas de rapport avec la situation en cause.

110. Lorsque dans une société les personnes appartenant à certains groupes continuent de subir les effets de pratiques discriminatoires du passé, les États doivent mettre en place une politique d'action positive. Cela ne signifie pas cependant que n'importe quelle mesure qualifiée de mesure d'action positive par les États soit compatible avec leurs obligations en matière de droits de l'homme. Si les États aident les personnes appartenant à de tels groupes à surmonter leur handicap, ils doivent le faire d'une manière qui ne soit pas contraire aux libertés et droits fondamentaux des personnes n'appartenant pas aux groupes aidés.

111. 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.

112. 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 victimes.⁷⁷

113. Une mesure d'action positive n'est acceptable que dans la mesure où elle ne porte pas atteinte au principe de non-discrimination. Il s'ensuit que, si l'on établit une distinction, il faut considérer attentivement le motif sur lequel elle est fondée afin de voir si cette distinction constitue ou non à une discrimination. Cependant, l'élément déterminant n'est pas le motif lui-même, mais le lien entre celui-ci et le droit au regard duquel la distinction est établie. Il doit exister un lien suffisant entre le droit et le motif. Le motif doit être considéré comme pertinent par rapport au droit au regard duquel la distinction est établie. L'objectif ou le but poursuivi n'est pas capital. L'appréciation des juges quant au caractère arbitraire des distinctions va plus loin que l'appréciation des milieux politiques. Ainsi, une mesure d'action positive destinée à assurer une égalité complète n'est pas toujours

légitime. L'on ne saurait interpréter l'action positive comme justifiant toute distinction fondée sur quelque motif que ce soit en relation avec un droit quel qu'il soit pour la seule raison que l'objet de la distinction est d'améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés. L'action positive ne fait pas exception au principe de non-discrimination. Au contraire, le principe de non-discrimination fixe les limites de toute mesure d'action positive.

114. Le présent rapport ne propose pas de méthode simple pour évaluer les mesures d'action positive. Le principe d'égalité et de non-discrimination lui-même est déjà une notion difficile qui a suscité beaucoup de controverses. La notion d'action positive est encore plus complexe et sa mise en pratique est encore trop peu développée pour que l'on puisse dégager des points d'accord sur ses limites. L'ambiguïté de la notion et notamment la grande variété des mesures prises par les pouvoirs publics pour appliquer une politique d'action positive explique la difficulté du sujet. Le présent rapport n'a pas d'autre ambition que de faire prendre conscience des complexités de la question. Il aura été utile s'il suscite d'autres travaux de recherche et d'autres réflexions sur la question en vue de renforcer l'exercice des droits de l'homme et des libertés de tous les êtres humains sans aucune discrimination.

Notes

¹ Par exemple, aux États-Unis, les groupes «protégés» et censés être visés par l'action positive sont les suivants : Indiens d'Amérique ou autochtones de l'Alaska, c'est-à-dire les personnes qui descendent de l'un quelconque des peuples originels de l'Amérique du Nord et qui maintiennent leur identité culturelle par leur rattachement à une tribu ou la reconnaissance de la collectivité; les insulaires de l'Asie ou du Pacifique, c'est-à-dire les personnes qui descendent de l'un quelconque des premiers peuples originels de l'Extrême-Orient, de l'Asie du Sud-Est, de l'Asie du Sud ou des îles du Pacifique; les Noirs, c'est-à-dire les personnes qui descendent de l'un quelconque des groupes raciaux noirs d'Afrique; les Hispaniques, c'est-à-dire les personnes d'origine ou de culture mexicaine, portoricaine, cubaine, centraméricaine ou sud-américaine ou d'une autre culture ou origine espagnole, indépendamment de leur race. En Afrique du Sud, les groupes désignés sont les Noirs (Africains), les personnes dites de «couleur» et les Sud-Africains d'origine indienne, les femmes et les personnes handicapées. Pour plus de renseignements sur la question de l'identité raciale en Afrique du Sud, voir P. E. Andrews, «Affirmative action in South Africa: Transformation or tokenism», *Law in Context*, 1999, p. 91 à 93.

² G. Moens, *Affirmative Action, the New Discrimination*, Sydney, The Centre for Independent Studies, 1985, p. 81 et 82.

³ L. Newton, «Reverse discrimination as unjustified», *International Journal of Ethics*, 1973, vol. 83, p. 311 et 312.

⁴ Voir C. Hamilton, «Affirmative action and the clash of experimental realities», *The Annals*, 1992, vol. 523, p. 10 à 18. Les expériences totalement différentes des Africains-Américains et des immigrants se traduisent aussi par des exigences politiques et des attitudes différentes à l'égard de ce que la société leur doit.

⁵ N. Glazer, *Affirmative Discrimination: Ethnic Inequality and Policy*, New York, Basic Books Inc. Publishers, 1978, p. 198 à 200.

⁶ G. Moens, op. cit., p. 82 et 83, cite Sowell (T., Preferential Policies, an International Perspective, New York, William Morrow and Cy Inc.) comme suit : «Ce n'est pas un Rockefeller ou un Kennedy qui sera écarté pour faire de la place à ceux qui entrent dans les quotas mais un DeFunis ou un Bakke. Même s'ils n'exercent pas une influence personnelle sur les décisions en matière d'admission à l'université, les riches peuvent donner à leurs enfants le type d'enseignement privé qui leur assurera de façon quasiment certaine l'obtention de notes bien supérieures au niveau à partir duquel certains sont sacrifiés. Il est probable que les étudiants sacrifiés occuperont la dernière place dans la catégorie des Blancs et tout aussi probable que les étudiants membres d'une minorité choisis occuperont la première place dans le groupe des minorités. En somme, il y a transfert forcé d'avantages de ceux qui sont les moins en mesure de les obtenir à ceux qui en ont le moins besoin.»

⁷ C'est le cas par exemple de quelqu'un dont la mère a un nom de famille espagnol et qui trouve avantageux de changer de nom parce qu'aux États-Unis, les mesures d'action positive s'appliquent également aux Américains qui ont un nom espagnol. M. Glazer, op. cit., p. 200.

La Commission, qui a été créée en Inde en 1958 pour dresser la liste des classes arriérées susceptibles de bénéficier de mesures d'action positive, s'est heurtée au problème de castes supérieures renonçant à leur statut, et à leur position «de peur de ne plus recevoir d'aide de l'État». F. de Zwart, «Positieve discriminatie en identiteitpolitiek in India : grenzen aan sociale constructies», *Tijdschrift voor beleid, politiek en maatschappij*, 199, No. 4, p. 268.

⁸ Voir HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), Partie III.

⁹ En Malaisie, les Chinois et les Indiens pauvres qui travaillent en zone rurale dans des exploitations agricoles ou des plantations de caoutchouc ou comme mineurs et en zone urbaine comme manœuvres sont tout aussi exploités que leurs homologues malaisiens. Ils sont tous victimes d'une exploitation interraciale autant qu'intracraciale. Selon Philips, «l'exploitation est une affaire aussi bien de classe et de pouvoir que de race, une affaire d'économie autant que d'ethnie». Bien que les Malais bénéficient de mesures d'action positive, ce sont surtout les membres des classes supérieures, qu'ils soient Malais ou non, qui en profitent le plus. C'est pourquoi, Philips préconise pour bien cibler les groupes d'utiliser comme critères à la fois la classe sociale et le lieu plutôt que l'appartenance ethnique. E. Philips, «Positive discrimination in Malaysia: a cautionary tale for the United Kingdom», dans B. Hepple et E. Szyszczak, *Discrimination: the Limits of the Law*, Londres, Mansell, 1992, p. 352 et 353.

¹⁰ Pour un aperçu général de la question, voir G. Pitt «Can reverse discrimination be justified?», dans B. Hepple et E. Szyszczak, op. cit., p. 281 à 299; C. McCrudden, «Rethinking positive action», *Industrial Law Journal*, 1986, vol. 15, p. 219 à 243.

¹¹ Comme l'a dit le Président Lyndon Johnson à propos de l'objectif des programmes d'action positive : «On ne peut pas effacer les cicatrices de blessures qui remontent à des siècles en disant : à présent vous êtes libres d'aller où bon vous semble et de faire ce que vous voulez... On ne peut pas libérer une personne qui a été enchaînée pendant des années et l'amener sur la ligne de départ d'une course en lui disant «Vous êtes libres de rivaliser avec tous les autres» et croire vraiment qu'on a été totalement juste... Ce que nous visons... ce n'est pas seulement une égalité théorique, l'égalité en tant que droit, mais une égalité de fait, l'égalité en tant que résultat». Extrait du discours prononcé par le Président Johnson devant les diplômés de l'Université de Howard, juin 1965, tel que cité dans S.M. Cahn (dir. publ.), *The Affirmative Action Debate*, Londres, Routledge, 1995, p. xii.

¹² Commission des droits civils des États-Unis, Déclaration sur l'action positive, octobre 1977, p. 2, citée dans W.L. Taylor et S.M. Liss «Affirmative action in the 1990s: staying the course», *The Annals*, 1992, vol. 523, p. 31.

¹³ Voir aussi T. Loenen, «Indirect discrimination: oscillating between containment and revolution», dans T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir. publ.), *Non-discrimination Law: Comparative Perspectives*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, p. 195 à 211; M. Selmi, «Indirect discrimination: a perspective from the United States», dans T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir. publ.), op. cit., p. 213 à 222; B. Vizkelety, «Adverse effect discrimination in Canada: crossing the Rubicon from formal to substantive equality», dans op. cit., p. 223 à 236; I. Sjerps, «Effects and justifications. Or how to establish a *prima facie* case of indirect sex discrimination», dans op. cit., p. 237 à 263. Dans son Observation générale No 18, le Comité des droits de l'homme définit la «discrimination» comme

«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». (HRI/GEN/1/Rev.1, Partie I, Comité des droits de l'homme, Observation générale No 18, par. 7). On retrouve cette définition dans la jurisprudence du Comité, quoique de façon quelque peu irrégulière. Par exemple, il ressort de ses constatations dans l'affaire *K. Singh Bhinder c. Canada* que des cas évidents de discrimination indirecte constitueront une violation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (A/45/40, vol. II, annexe IX, sect. E, communication n° 208/1986). Enfin, selon le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale : «Pour savoir si une mesure a un effet contraire à la Convention, le Comité se demandera si elle a une conséquence distincte abusive sur un groupe différent par la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique» (HRI/GEN/1/Rev.1, Partie III, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale n° 14 concernant l'article 1 de la Convention, par. 2).

¹⁴ Voir aussi T.L. Banks, «Equality, affirmative action and diversity in the United States», C.R. Lawrence, et M.J. Matsuda, *We Won't Go Back: Making the Case for Affirmative Action*, Boston, Houghton Mifflin Company, 1997.

¹⁵ Dans cette affaire, la Cour suprême a refusé de se prononcer directement sur la question de savoir si les préférences raciales sont admissibles et a décidé à la place que la question était dépassée puisque le requérant, Marco DeFunis, achèverait ses études de droit même s'il perdait.

¹⁶ La notion de diversité a été récemment attaquée dans plusieurs tribunaux fédéraux. La validité de la diversité en tant qu'objectif a été remise en cause par une cour d'appel fédérale dans l'affaire *Hopwood v. Texas* (78 F 3d 932, cinquième circuit 1996, appel rejeté, 135 L Ed 1094, 1997). Le tribunal a considéré que la diversité raciale dans l'enseignement supérieur ne constituait pas un intérêt primordial de l'État et n'était pas compatible avec des critères d'admission ne tenant pas compte de la couleur ou fondés sur le mérite. Voir également l'affaire *Podberesky v. Kirwan* (38 F 3d 52, quatrième circuit 1994, appel rejeté, 131 L Ed 1002, 1995). S. Thernstrom, «*The scandal of the law schools*», *Commentary*, décembre 1997, p. 27 à 31. En outre, en 1996, le Conseil d'administration de l'Université de Californie a décidé d'interdire la prise en compte de la race, de la religion, du sexe, de la couleur, et de l'origine ethnique ou nationale dans toute décision en matière d'admission, d'emploi ou de contrat sur les neuf campus de l'Université. Voir également la proposition de loi 209 de la Californie interdisant les préférences raciales dans l'enseignement supérieur. Voir aussi les ouvrages d'universitaires opposés à ce concept, qui affirment que l'application de préférences raciales dans l'enseignement supérieur ne donne pas du tout les résultats escomptés et revient dans la plupart des cas à faire deux poids deux mesures. C'est en laissant les étudiants appartenant à des minorités réussir grâce à leur propre mérite qu'on instaurera un climat racial plus sain. Ils estiment en outre que le débat sur les préférences dans l'enseignement supérieur a détourné l'attention du problème réel; à savoir les profondes différences de résultats scolaires entre les élèves selon leur race dans l'enseignement élémentaire et secondaire. Tant que cet écart existera, tous les efforts pour instaurer la parité à l'université seront, selon eux, voués à l'échec. Un autre problème tient au fait que l'on n'a pas encore déterminé quel est le niveau suffisant de «diversité» et jusqu'à quel point on peut léser d'autres individus. S. Thernstrom et A. Thernstrom, «*Racial preferences: what we now know*», *Commentary*, février 1999, p. 44 à 50.

¹⁷ Pour de plus amples renseignements, voir K. Greenawalt, *Discrimination and Reverse Discrimination*, New York, Borzoi Books dans *Law and American Society*, 1983, p. 52 à 70; R. K. Fullinwider, *The Reverse Discrimination Controversy, a Moral and Legal Analysis*, New Jersey, Rowman and Littlefield, 1980, p. 18 à 29; et I. Glasser, «Affirmative action and the legacy of racial injustice», dans P. A. Katz et D. A. Taylor, *Eliminating Racism, Profiles in Controversy*, New York, Plenum Press, 1988.

¹⁸ Voir M. O. Chibundu, «Affirmative action and international law», *Law in Context*, 1999, p. 31 et 32. Voir aussi un document établi par F. de Varennes, «*Minority rights and the prevention of ethnic conflicts*» (E/CN.4/Sub.2/AC.2/2000/CRP.3).

¹⁹ Cité dans J. D. Skrentny, *The Ironies of Affirmative Action*, Chicago, The University of Chicago Press, 1996, p. 113.

²⁰ Voir P. A. Samuelson, *Economics*, New York, McGraw-Hill Book Company, 1970, p. 780 à 794.

²¹ Pour un examen de cette question, voir M.B. Abram, «Affirmative action: fair shakers and social engineers», dans C. McCrudden, (dir. publ.), *Anti-discrimination Law*, Dartmouth, The International Library of Essays in Law and Legal Theory, 1991, p. 499 à 513; S. Fredman, «Reversing discrimination», *The Law Quarterly Review*, 1997, p. 575 à 600.

²² Pour un résumé de tous les arguments en faveur et contre l'égalité de chances et l'égalité de résultats, voir C. McCrudden, *Anti-discrimination Law*, Dartmouth, The International Library of Essays in Law and Legal Theory, 1991, p. xvi à xviii.

²³ Voir par exemple pour l'évolution de l'action positive en Australie, G. Moens, op. cit., p. 53 à 74 et pour l'histoire de l'action positive aux États-Unis, D. McWhirter, *The end of affirmative action, where do we go from here ?*, New York, Birch Lane Press, 1996.

²⁴ T. Sowell (op. cit., p. 165) rappelle qu'aux États-Unis, l'opinion publique a marqué son opposition aux politiques différentielles à plusieurs reprises. Mais le même public a soutenu avec force la mise en place de cours spéciaux ou de formation professionnelle théorique et pratique gratuits destinés aux membres de groupes minoritaires pour permettre à ces derniers de prendre en main leur destin.

²⁵ Département de l'information économique et sociale et de l'analyse des politiques de l'ONU, Rapport sur la situation sociale dans le monde, 1997 (E/1997/15, chap. VIII, par. 94).

²⁶ Document des Nations Unies A/C.3/SR.1182, par. 17.

²⁷ Document des Nations Unies A/C.3/SR.1183, par. 12 et 29.

²⁸ M. Craven, *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, a perspective on its development*, Oxford Clarendon Press, 1995, p. 158.

²⁹ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale No 1, par. 3, dans HRI/GEN/Rev.4 (2000).

³⁰ Ibid., Observation générale No 5, par. 9.

³¹ Ibid., Observation générale No 13, par. 32 et 33.

³² Documents des Nations Unies 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.

³³ Document des Nations Unies E/CN.4/SR.122, p. 8, 9, 11 et 12.

³⁴ Comité des droits de l'homme, Observation générale No 18, par. 10, dans HRI/GEN/1/Rev.4 (2000).

³⁵ 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).

³⁶ 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.

³⁷ 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.

³⁸ 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.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

⁴¹ Document de l'UNESCO 11 C/15, annexe III, par. 36, et E/CN.4/Sub.2/210, annexe III, par. 13.

⁴² 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».

⁴³ Voir document des Nations Unies ST/TAO/HR.34, par. 147 à 155.

⁴⁴ 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».

⁴⁵ 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.

⁴⁶ Comité des droits de l'homme, Observation générale No 4, par. 2, dans HRI/GEN/1/Rev.4 (2000).

⁴⁷ Adoptée le 25 juin 1975 à la soixantième session de la Conférence internationale du travail. Voir document des Nations Unies E/CN.6/603.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Voir document des Nations Unies E/CN.6/632, par. 92.

⁵⁰ 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.

⁵¹ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale n° 23 sur la vie politique et publique, par. 15, dans HRI/GEN/1/Rev.4 (2000).

⁵² J. Hodges-Aeberhard et C. Raskin *Affirmative action in the Employment of Ethnic Minorities and Persons with Disabilities*, Genève, Bureau international du Travail. Les auteurs ont fondé leur étude sur huit monographies concernant les pays suivants : Canada, Fédération de Russie, Inde, Liban, Malaisie, Norvège, Ouganda et Philippines.

⁵³ Alison Sheridan («Patterns in the policies: Affirmative action in Australia », *Women in Management Review*, 1998, p. 243 à 252) a mis au point un système de classement qui illustre la variété des mesures de «mobilisation positive» dans le cadre spécifique de la lutte contre la discrimination sexuelle et le désavantage sur le plan de l'emploi.

⁵⁴ Selon l'article 35 de la loi intitulée *Race Relations Act* (loi sur les relations raciales) du Royaume-Uni est licite «tout acte visant à donner à des personnes appartenant à un groupe racial particulier accès à des installations ou des services permettant de répondre aux besoins spéciaux des membres de ce groupe pour ce qui est de leur éducation, de leur formation et de leur protection sociale ou à toutes prestations connexes». L'article 37 indique que des mesures d'action positive peuvent être prises pour encourager les membres d'un groupe racial ou les membres de l'un ou l'autre sexe à solliciter un emploi ou à suivre une formation spéciale en vue d'un emploi dans un domaine où ils sont sous-représentés.

⁵⁵ C'est le cas en particulier aux États-Unis, où on a laissé à l'Office of Federal Contract Compliance Programs (OFCCP) (Bureau des programmes chargé de l'exécution des contrats fédéraux) et à l'Equal Employment Opportunity Committee (EEOC) (Commission pour l'égalité des chances dans le domaine de l'emploi), le soin d'appliquer le décret 11246. Ces deux organes ont interprété l'action positive comme un ensemble de procédures spécifiques et orientées vers des résultats concrets, sur la base de calendriers et d'objectifs déterminés. Sous le Président Nixon, l'action positive a consisté à imposer aux employeurs et aux établissements d'enseignement des normes statistiques fondées sur la race, la couleur et l'origine nationale. Les divers départements fédéraux ont mis au point les premiers grands systèmes de quotas. Ces derniers sont très controversés et ont donné lieu à une jurisprudence abondante. Néanmoins, l'acceptation des quotas et des emplois et places réservés dépendra de la situation particulière dans laquelle ils s'appliquent. Par exemple, la plupart des Américains les acceptent, semble-t-il, s'il s'agit de remédier à une discrimination spécifique de longue date. Même les plus conservateurs acceptent l'idée de quotas imposés par les tribunaux lorsqu'une discrimination antérieure a été établie par la justice.

⁵⁶ Les quotas constituent des objectifs de représentation du personnel au sein d'une entreprise ou d'un établissement qui sont quantifiés et qui doivent être atteints dans un délai bien précis. Ils sont imposés par l'État ou par la justice. Par exemple, ordre peut être donné à une entreprise ou à un établissement de faire en sorte que dans un délai de cinq ans les femmes représentent 10 % de leur personnel. Ou bien les entreprises ou les établissements doivent veiller à ce que un poste sur cinq soit attribué à une femme. Les quotas ont une intention discriminatoire, qui est de restreindre

l'accès d'un groupe donné à une activité particulière. En revanche, les objectifs correspondent aux nombres cibles que l'entreprise ou l'établissement doit viser; autrement dit, seul «un effort de bonne foi» est requis de leur part.

Ces mesures n'ont pas un caractère discriminatoire mais volontariste : il s'agit de faire en sorte que le nombre de membres qualifiés d'un groupe défavorisé augmente dans l'entreprise ou l'établissement concerné. Mais souvent dans la pratique, ces objectifs sont assimilés aux quotas,

et c'est alors à l'employeur qu'il incombe de réfuter toute allégation de discrimination. Voir N. Glazer, «The future of preferential affirmative action», in P.A. Katz et D.A. Taylor, *Eliminating Racism, Profiles in Controversy*, New York, Plenum Press, 1988, p. 329 à 339.

⁵⁷ Pour une étude de cette question, voir R.T. Bron, *Affirmative Action at Work. Law, Politics and Ethnics*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 1991, p. 37 à 59; J. Edwards, «Collective rights in the liberal state», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1999, p. 259 à 275.

⁵⁸ Voir S.M. Lipset, «Equal chances versus equal results», *The Annals*, 1992, vol. 523, p. 63 à 74. Les États-Unis restent face à un dilemme, à savoir comment résoudre la contradiction entre leur foi dans le principe de l'égalité et l'héritage de l'esclavage.

⁵⁹ Département de l'information économique et sociale et de l'analyse des politiques de l'ONU, Rapport sur la situation sociale dans le monde, 1997, (E/1997/15, par. 105 et 106).

⁶⁰ 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.

⁶¹ 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.

⁶² Document des Nations Unies E/CN.4/SR.50, par. 9. 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.

⁶³ 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.

⁶⁴ Document des Nations Unies A/5365, p. 22.

⁶⁵ 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).

⁶⁶ 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.

⁶⁷ On en trouvera un bon résumé dans A.P. Vijapur «The principle of non-discrimination in international human rights law : the meaning and the scope of the concept», India Quarterly, a Journal of International Affairs, 1993, p. 73 et 74, et W. MacKean, Equality and Discrimination under International Law, Oxford, Clarendon Press, 1983, 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.

⁶⁸ Bossuyt, op. cit. dans la note 32, p. 27. MacKean, *ibid.*, p. 8 à 11.

⁶⁹ 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...».

⁷⁰ 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.

⁷¹ 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 ?

⁷² 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 taalarrest», Revue belge de droit international, 1972, p. 503 à 528.

⁷³ 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».

⁷⁴ 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.

⁷⁵ 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, Editions 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.

⁷⁶ Ce paragraphe a été rédigé à partir de notes fournies à l'auteur par Bruce Abramson.

⁷⁷ 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 67, p. 246.

Annexe

Extraits de certaines des réponses reçues par le Rapporteur spécial

Dans sa réponse, le Gouvernement des îles **Fidji** se réfère au paragraphe 1 de l'article 3 de la loi qui met en œuvre les dispositions de la Constitution en matière de justice sociale (chapitre 5) en prévoyant la mise en place de programmes d'action positive et à des fins connexes (loi de 2001 sur la justice sociale), qui dispose de ce qui suit :

«... On entend par "action positive" les mesures prises par les pouvoirs publics pour aider les groupes ou catégories de personnes défavorisés à jouir de l'égalité d'accès au même titre que les groupes qui ne sont pas défavorisés,

le terme «désavantagé», appliqué à un groupe ou à une catégorie de personnes signifie que ce groupe ou cette catégorie ne jouit pas de l'égalité d'accès en raison de caractéristiques personnelles réelles ou supposées des membres du groupe ou du lieu de résidence ou du niveau d'instruction de la catégorie ou du groupe».

La réponse du Gouvernement de la **Grèce** fait référence à un arrêt du Conseil d'État, rendu en 1995, selon lequel :

«S'il est établi que dans la pratique une certaine catégorie de personnes subit indiscutablement des discriminations au point que la pleine application du principe d'égalité n'assure qu'une égalité de façade et tend presque à consolider et à perpétuer la situation d'inégalité existante, il est dans l'esprit du principe constitutionnel d'égalité que le législateur prenne les mesures ordinaires, ou régulatrices ou positives qui s'imposent en faveur des personnes de cette catégorie, lorsque ces mesures sont opportunes et nécessaires, pour une période de temps déterminée, en vue de réduire les inégalités existantes jusqu'à ce qu'une égalité réelle prévale».

En Grèce, les mesures d'action positive sont essentiellement appliquées dans les domaines de la formation professionnelle, de l'emploi (dans les secteurs professionnels où un sexe est sous-représenté et des soins spéciaux aux personnes ayant des obligations familiales particulières. Elles sont destinées à améliorer la situation des femmes, des invalides de guerre, des personnes appartenant à la minorité musulmane de Thrace et des personnes ayant des obligations familiales.

En ce qui concerne la **Hongrie**, il est dit dans la réponse du Gouvernement que «la discrimination positive ne sera pas réputée constitutionnelle si la réalisation d'un objectif social ou d'un droit constitutionnel ne peut être assurée qu'en accordant des "droits supplémentaires" à un groupe social donné. Le paragraphe 3 de l'article 70/A de la Constitution dispose que la République hongroise s'efforcera d'assurer des droits égaux pour tous par le biais de «mesures instaurant une égalité des chances pour tous».

Pour le Gouvernement hongrois, «la discrimination positive est limitée par la prohibition de la discrimination destinée à assurer une dignité et des droits fondamentaux égaux, qui est énoncée dans la Constitution». «L'interdiction de toute discrimination préjudiciable et les droits fondamentaux inscrits dans la Constitution» restreignent la discrimination positive. Dans son

arrêt n° 28/2000, la Cour constitutionnelle de Hongrie a indiqué que la discrimination positive est légitime dans la perspective de l'égalité des chances «si elle vise à remédier à la situation défavorable d'un individu». Dans d'autres décisions, la Cour constitutionnelle a indiqué que la discrimination positive ne doit pas être arbitraire et doit être fondée sur un motif raisonnable.

En vertu du paragraphe 6 de l'article 5 du Code du travail hongrois, une disposition concernant la relation de travail peut prévoir une obligation d'accorder une préférence, dans des conditions égales, à un groupe donné d'employés.

L'article 49 de la loi n° LXIV/1990 sur l'élection des maires et des représentants des gouvernements locaux prévoit l'existence d'un «mandat électoral préférentiel» pour les candidats des minorités nationales ethniques dans les localités de moins de 10 000 habitants. Un candidat appartenant à une minorité sera élu s'il obtient au moins la moitié des voix obtenues par le candidat élu avec le plus petit nombre de voix selon l'application de la règle générale, sous réserve qu'aucun autre candidat appartenant à la même minorité n'ait été élu.

En ce qui concerne **Israël**, le Gouvernement reconnaît dans sa réponse que «La définition de cette notion suscite des controverses» et indique qu'«il existe aussi d'autres termes pour décrire la notion d'action positive : «promotion préférentielle», «promotion antidiscriminatoire», «discrimination positive» et «discrimination à rebours».

Le Gouvernement israélien note que, selon un juge de la Cour suprême israélienne, l'action positive est une «distinction compensatrice» qui est inhérente au «principe d'égalité» au lieu d'en être une «exception».

Selon un autre juge :

«Les mesures d'égalité des chances ne sont susceptibles d'engendrer une égalité que si les parties concurrentes partent plus ou moins du même point de départ... La grande disparité des situations en matière d'égalité des chances, que ces situations résultent de lois discriminatoires appliquées dans le passé et désormais caduques ou d'idées irrecevables enracinées dans la société, accroît les chances des groupes les plus forts et réduit celle des groupes les plus faibles. Les mesures d'action positive visent à corriger ce décalage... en favorisant dans la pratique – de manière à la fois planifiée et volontariste – la promotion des personnes appartenant au groupe défavorisé à des postes auxquels elles n'ont pas eu accès dans le passé; non seulement nous rectifions les distorsions concrètes créées par les inégalités, mais aussi nous faisons naître une nouvelle réalité qui au bout du compte éliminera les racines cachées de la discrimination et ses conséquences. Ainsi, l'action positive, conçue essentiellement comme moyen de corriger une inégalité donnée, contribue à assurer la réalisation du principe général d'égalité».

La loi modifiée sur l'égalité des droits des femmes (mars 2000) dispose, sous le titre «Distinctions admissibles et action positive» que :

«Les mesures suivantes ne seront pas considérées comme une atteinte à l'égalité ou une discrimination interdite : 1) les distinctions entre un homme et une femme, dans la mesure où elles sont rendues nécessaires par des différences matérielles entre eux, ou par la nature ou

l'essence de la question; 2) une disposition ou une action destinée à corriger une situation discriminatoire passée ou actuelle à l'égard des femmes, ou une disposition ou une action destinée à favoriser leur égalité...»

En Israël, les mesures d'action positive visent à assurer une représentation équilibrée des hommes et des femmes dans les institutions publiques, à promouvoir les systèmes d'enseignement arabe et druze et à aider les personnes atteintes d'un handicap.

En ce qui concerne le **Pakistan**, le Gouvernement a indiqué dans sa réponse que l'action positive se traduit par des programmes et des procédures qui donnent une représentation particulière aux habitants des provinces les plus petites, aux non-musulmans, aux femmes, aux anciens combattants et aux personnes handicapées dans les domaines de l'emploi et de l'admission dans les instituts d'enseignement supérieur selon un système de quotas. La principale mesure d'action positive au plan national est le système des quotas, conçu pour assurer une représentation appropriée des diverses provinces en fonction de leur population. Alors même que la province du Punjab a une population représentant plus de 55 % de la population pakistanaise, elle a accepté d'autoriser les habitants des provinces plus petites à travailler dans les services fédéraux pakistanais dans une proportion de 50 %.

L'action positive bénéficie aux catégories suivantes : les habitants des régions économiquement sous-développées, les femmes, les minorités religieuses, les personnes handicapées, les anciens combattants et les enfants. Les programmes d'action positive sont mis en œuvre dans les domaines suivants : emploi dans l'administration, enseignement et élection (les non-musulmans ont un système électoral distinct et élisent leurs propres candidats aux chambres).

Dans un arrêt de 1992, la Tribunal islamique fédéral, la plus haute juridiction du Pakistan compétente pour décider si une loi est ou non conforme aux principes de l'islam, a invalidé le système des quotas. Néanmoins, «dans l'intérêt national», ce jugement n'a pas été exécuté. Le 30 juin 1998, l'Assemblée nationale a adopté une résolution tendant à ce que l'application du système des quotas soit prolongée pendant une période supplémentaire de 20 ans, sur une base juste et équitable, en vue de protéger les droits des régions sous-développées et des minorités. Dans un jugement historique du 6 juillet 1998, il a été jugé que «les dispositions de la Constitution doivent être interprétées de telle sorte que l'intérêt et les droits légitimes des unités de la Fédération soient protégés le plus possible en juxtaposition avec ceux de la Fédération... Après tout, les réservations de postes visent à atténuer les effets des disparités sociales et non à en éliminer les causes». La Cour suprême a confirmé ce jugement. La Constitution de 1973 prévoyait que pendant 20 ans «des postes peuvent être réservés à des personnes appartenant à n'importe quelle classe ou région afin qu'elles soient adéquatement représentées dans l'administration du Pakistan». En 1999, la Constitution a été modifiée et le système de quotas prolongé pour 20 années de plus jusqu'à 2013.

En ce qui concerne la **Tanzanie**, le Gouvernement a indiqué qu'il avait mis en place divers programmes, dont des programmes d'action positive, en vue d'améliorer la situation des femmes. Les mesures d'action positive sont destinées à lutter contre la discrimination qui s'exerce à l'égard des femmes et de certains groupes minoritaires dans des domaines tels que l'emploi, l'éducation, l'héritage, etc.

En ce qui concerne la **Thaïlande**, le Gouvernement thaïlandais s'est référé dans sa réponse au paragraphe 4 de l'article 30 de la Constitution thaïlandaise (1997) aux termes duquel :

«Les mesures conçues par l'État pour éliminer les obstacles qui empêchent des personnes d'exercer leurs droits et libertés comme d'autres ou de promouvoir la capacité de ces personnes à exercer leurs droits et libertés ne seront pas être considérées comme des mesures discriminatoires injustes».

En Thaïlande, des mesures d'action positive sont prises dans les domaines de l'éducation, de l'emploi, du logement, des transports et des bourses.

Selon la réponse adressée par la Commission européenne, au nom de l'**Union européenne**, la jurisprudence constante de la Cour européenne de justice établit que le principe d'égalité est un principe général du droit communautaire selon lequel des situations similaires ne doivent pas être traitées différemment à moins qu'un traitement différencié se justifie objectivement.

Le Traité d'Amsterdam introduit un nouvel article 13 dans le traité instituant la Communauté européenne qui accorde à la Communauté des compétences spécifiques pour prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Cependant, cet article n'a aucun effet direct et n'établit aucun droit individuel à la non-discrimination. Il n'a qu'une portée législative, et rien n'indique qu'il soit directement applicable aux particuliers.

Le paragraphe 4 du nouvel article 141 du Traité d'Amsterdam dispose :

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

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée au Sommet de Nice en décembre 2000, contient un article relatif à l'égalité entre hommes et femmes (art. 23) :

«L'égalité entre les hommes et les femmes doit être assurée dans tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération. Le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté.»

Dans sa réponse, l'**Union postale universelle** a indiqué que les administrations postales sont «priées d'encourager les femmes à se porter candidates».
