

LE PREAMBULE DU PROTOCOLE n°12

Julie Ringelheim

I. INTRODUCTION

Le Protocole n°12 à la Convention européenne des droits de l'homme a été adopté en vue de remédier au caractère limité de la clause de non-discrimination inscrite à l'article 14 de la Convention. L'article 14 n'interdit en effet la discrimination qu'en ce qui concerne la jouissance des droits et libertés protégés par la Convention. Il revêt donc un caractère accessoire par rapport aux autres garanties normatives de la Convention. Cette restriction représente une différence notable par rapport à l'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) et à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) de 1966 qui, tous deux, reconnaissent un droit général à la non-discrimination ainsi que le droit à l'égalité devant la loi et à une égale protection de la loi¹.

La portée restreinte de l'article 14 de la Convention a fait l'objet de critiques récurrentes dans la doctrine². Depuis les années 1960, la rédaction d'un protocole visant à étendre la protection de l'égalité et de la non-discrimination garantie par la Convention a été proposée à plusieurs reprises par l'Assemblée parlementaire³. Mais ce n'est qu'en 1998, que le Comité des Ministres a accueilli cette idée et confié au Comité directeur pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe le mandat de préparer un projet de protocole élargissant de façon générale le champ d'application de l'article 14 de la Convention⁴.

Ouvert à la signature le 4 novembre 2000, le Protocole n°12 est entré en vigueur le 1^{er} avril 2005, après avoir été ratifié par dix Etats membres du Conseil de l'Europe⁵.

Jusque là, les préambules des protocoles additionnels à la Convention étaient restés brefs, se bornant à formuler des considérations assez formelles⁶. Le préambule du Protocole n°12, en revanche, comporte des précisions non négligeables destinées à éclairer l'interprétation à donner au protocole.

II. LES TRAVAUX PREPARATOIRES⁷

Durant les travaux préparatoires, un désaccord est apparu entre les Etats : certains souhaitent inclure dans le protocole une disposition reconnaissant expressément le droit à l'égalité devant la loi, à l'instar de l'article 7 de la DUDH, de l'article 26 du PIDCP et de nombreuses constitutions nationales. Mais d'autres Etats y étaient opposés⁸. Un débat semblable avait déjà émergé au début des années 1960 lors des discussions sur ce qui devait devenir le Protocole n°4 à la Convention. Initialement, le projet de protocole établi par la Commission juridique de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe comportait un article consacrant le principe selon lequel « *toutes les personnes sont égales devant la loi* »⁹. Mais cet article

¹ Cf. chapitre sur l'article 14 de la Convention.

² Oddný Mjöll ARNARDOTTIR, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff, The Hague, London, New York, 2003, pp. 36-37. Cf. aussi Asbjørn EIDE et Torkel OPSAHL, « Rapport général sur « Egalité et non-discrimination », 7^{ème} Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1990.

³ Bernadette RENAUD, « Le 12^{ème} protocole à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : l'égalité en marche », *Revue du droit des étrangers*, n°114, 2001, pp. 341-355 et Michael HEAD, « Le protocole n°12 et sa genèse », in *La non-discrimination : un droit fondamental. Séminaire marquant l'entrée en vigueur du Protocole n°12*, Strasbourg, 11 octobre 2005, éditions du Conseil de l'Europe, 2006, pp. 38-49, spéc. pp. 40-41.

⁴ Rapport explicatif du Protocole n°12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des Libertés fondamentales, Rome, 4 novembre 2000 (ci-après Rapport explicatif), § 10.

⁵ Conformément à l'article 5, § 1 du Protocole. Au 1^{er} mars 2017, le Protocole n°12 comptait vingt ratifications et dix-huit signatures non encore suivies d'une ratification. En outre, neuf Etats membres du Conseil de l'Europe n'ont ni signé ni ratifié ce Protocole. Pour une présentation plus complète de ce Protocole, nous renvoyons au chapitre suivant consacré à l'article 1^{er} du protocole.

⁶ William A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 1173.

⁷ Les travaux préparatoires du Protocole n°12 ne sont pas encore accessibles au public. Cette section s'appuie donc sur des sources secondaires. Elle se réfère également à des développements antérieurs à l'élaboration du protocole n°12, susceptibles d'éclairer ce processus. Pour un exposé plus complet de la genèse du Protocole n°12, nous renvoyons au chapitre suivant consacré à l'article 1^{er} du protocole.

⁸ Gay MOON, « The Draft Discrimination Protocol to the European Convention on Human Rights : A Progress Report », *E.H.R.L.R.*, n°1, 2000, pp. 49-53, p. 51. Cf. aussi Jeroen SCHOKKENBROEK, « A New European Standard against Discrimination : Negotiating Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights », in Jan NIESSEN and Isabelle CHOPIN (dirs), *European Anti-Discrimination Standards and National Legislation*, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2004, pp. 61-79, spéc. pp. 70-71.

⁹ Il s'agissait de l'article 6 du projet du texte intitulé initialement *deuxième protocole à la Convention européenne des droits de l'homme*. Cf. Assemblée consultative, Rapport relatif au deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de

fut écarté par le Comité d'experts désigné par le Comité des Ministres pour rédiger un protocole sur la base de ce projet. Le Comité s'en justifia en observant notamment qu'« *une telle formule, de par son caractère vague et général, serait susceptible de donner lieu à des constructions juridiques dangereuses* ». Il affirmait aussi que « *si une telle disposition était adoptée, les organes prévus par la Convention risqueraient de devenir, par rapport aux juridictions internes, des instances supérieures amenées à connaître de prétendues erreurs de fait ou de droit commises par ces juridictions.* »¹⁰ Il est probable que l'opposition de certains Etats à l'insertion d'une clause similaire dans le Protocole n°12 tenait à des motifs du même ordre. Une solution de compromis fut trouvée : il fut décidé d'inclure une référence au principe d'égalité devant la loi et au droit à une égale protection de la loi dans le préambule mais non dans l'article de fond du protocole¹¹.

Ce choix fut critiqué par le rapporteur de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Celui-ci déplora dans son rapport le décalage entre l'affirmation, dans le préambule, de la volonté des Etats membres de « *prendre de nouvelles mesures pour promouvoir l'égalité de tous* » et le contenu du Protocole qui, selon lui, « *ne consacre pas l'égalité mais étend à d'autres droits le principe de non-discrimination déjà contenu dans la Convention depuis son origine en 1950* »¹². Quant à l'Assemblée parlementaire elle-même, dans son avis sur le projet de protocole, elle regretta l'absence de mention, à l'article 1 du protocole, du principe d'égalité des femmes et des hommes devant la loi¹³. Elle ne demanda toutefois pas de modification du préambule.

III. LES LIENS ENTRE EGALITE ET NON-DISCRIMINATION

Une préoccupation commune traverse les trois alinéas qui composent le préambule : éclairer la nature des liens entre le concept d'égalité et celui de non-discrimination. On observe cependant un usage différent du terme « égalité » dans le premier alinéa du préambule, d'une part, dans les deuxième et troisième alinéas, d'autre part : celui-là évoque le *principe* d'égalité au sens de norme régissant le traitement des individus par l'autorité publique, tandis que ceux-ci se réfèrent à l'égalité en tant que donnée caractérisant la situation de fait d'un groupe d'individus, que des politiques spécifiques peuvent contribuer à promouvoir.

A. NON-DISCRIMINATION ET EGALITE DE TRAITEMENT

Le premier alinéa du préambule souligne que le principe selon lequel « *toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi* » est un principe fondamental qui inspire le protocole. Le rapport explicatif rappelle qu'il s'agit là d'un principe essentiel et bien établi de la protection des droits de l'homme, reconnu dans les Constitutions des Etats membres comme dans le droit international des droits de l'homme¹⁴. L'égalité devant la loi et le droit à une égale protection de la loi sont en effet reconnus à l'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme¹⁵ et par la première phrase de l'article 26 PIDCP¹⁶, ainsi que par la Convention américaine des droits de l'homme (article 24) et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (article 3). Mais à la différence de ces instruments, qui lui consacrent une disposition de fond, le protocole n°12 n'évoque ce double principe que dans son préambule.

Le préambule du protocole ne définit pas les notions d'égalité devant la loi et de droit à une égale protection de la loi¹⁷. On peut se reporter à cet égard aux éclaircissements fournis par les travaux du

l'homme, Rapporteur M. Lannung, Doc. 1057 du 17 novembre 1959, *Recueil des travaux préparatoires du Protocole n° 4 à la Convention reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le Premier protocole additionnel à la Convention*, 1976, pp. 130-131.

¹⁰ Rapport du Comité d'experts au Comité des Ministres, 18 octobre 1965, H (65) 16, pp. 26-28, *Recueil des Travaux préparatoires du Protocole n°4*, op. cit., p. 728. Le Comité affirmait aussi douter de l'utilité d'une telle disposition, vu la protection déjà garantie par les articles 6 et 14 de la Convention (ibid.).

¹¹ Gay MOON, op. cit., p. 51.

¹² Projet de Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme, Rapport, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme (Rapporteur : M. Erik Jurgens), Doc. 8614, 14 janvier 2000, § 25.

¹³ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Avis 216 (2000), Projet de Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme, §§ 7-9.

¹⁴ Rapport explicatif, § 14. Le rapport explicatif souligne aussi que « *les principes de non-discrimination et d'égalité sont étroitement liés.* » (§ 15).

¹⁵ « Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. »

¹⁶ « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. »

¹⁷ Le rapport explicatif observe que « *par exemple, le principe d'égalité exige que des situations égales soient traitées de manière égale et des situations inégales de manière différente* » (§ 15). Les termes « *par exemple* » indiquent qu'il ne prétend pas fournir par là une définition exhaustive du principe d'égalité.

Comité des droits de l'homme des Nations Unies relatifs à l'article 26 PIDCP. Reprenant une distinction classique établie par Hans Kelsen entre « égalité devant la loi » et « égalité dans la loi »¹⁸, plusieurs auteurs soutiennent que l'exigence d'*égalité devant la loi* s'adresse aux responsables de l'application de la loi, c'est-à-dire les autorités administratives et les tribunaux, leur interdisant d'appliquer la loi de manière arbitraire ou discriminatoire, tandis que le droit à une *égale protection de la loi* concerne le législateur, lui défendant d'introduire des discriminations dans le contenu de la loi¹⁹. Sans reprendre à son compte cette caractérisation des deux volets de la première phrase de l'article 26²⁰, le Comité des droits de l'homme a confirmé que cette disposition vise tant le contenu de la législation que les conditions de son application²¹.

Dans la mesure où elle s'adresse aux organes chargés d'appliquer la loi, la norme d'égalité protège les individus contre une application discriminatoire ou arbitraire de la législation²². Or, cette interdiction de l'arbitraire confère au principe d'égalité une portée plus étendue que la norme de non-discrimination : dans cette optique, il peut y avoir rupture de l'égalité dès lors qu'un individu, et pas forcément une catégorie entière de personnes liées par un critère commun, se voit, sans justification objective et raisonnable, traité différemment d'autres individus placés dans une situation comparable. Comme l'écrit Olivier De Schutter, l'article 26, interprété en ce sens, « pourrait amener le Comité à contrôler le caractère objectivement et raisonnablement justifié de toute mesure prise par les autorités publiques d'un Etat partie, même lorsque – en l'absence d'une catégorie identifiable de victimes de discrimination – la dimension proprement discriminatoire du comportement arbitraire n'apparaît pas d'évidence »²³. Le Comité s'est toutefois montré hésitant à s'engager dans cette voie. Il a parfois déclaré irrecevable une communication, faute pour leurs auteurs de faire valoir « que le traitement différent qui leur a été réservé était attribuable à leur appartenance à une quelconque catégorie visiblement distincte, appartenance qui aurait pu les exposer à une discrimination fondée sur les éléments énumérés à l'article 26 du pacte ou « toute autre situation » »²⁴. Dans d'autres cas, cependant, il a estimé que le grief tiré de l'article 26 était recevable bien qu'il n'ait pas été avancé que le traitement dénoncé par le requérant se fondait sur leur appartenance à une catégorie particulière d'individus²⁵. Dans l'affaire *O'Neill et Quinn c. Irlande*, le Comité justifie cette analyse en observant que « non seulement l'article 26 interdit la discrimination mais il consacre aussi la garantie de l'égalité devant la loi et d'une égale protection de la loi »²⁶, accusant ainsi la différence entre non-discrimination et garantie d'égalité. Une fois cette position de principe affirmée, le Comité, dans l'examen des faits, démontre toutefois une grande déférence à l'égard de l'appréciation opérée par les autorités nationales, déclarant « qu'il n'est pas à même de substituer ses propres vues à l'évaluation des faits par l'Etat partie »²⁷. Dans son opinion individuelle, Ms Wedgwood renchérit : « l'article 26 n'autorise pas le Comité à agir comme une juridiction administrative qui réexaminerait chaque décision d'un gouvernement de la même façon que le ferait un tribunal administratif national. » Le Comité des droits de l'homme se montre donc prudent dans sa lecture de la première phrase de l'article 26 : bien qu'il accepte qu'en principe, la garantie d'égalité a une portée plus étendue que la règle de non-discrimination, son interprétation reste dans une large mesure arrimée à l'interdiction de discriminer.

De manière générale, dans la jurisprudence nationale des Etats européens, le principe d'égalité est globalement compris comme une obligation de traiter de façon identique les personnes placées dans une situation analogue et de façon différente les personnes connaissant des situations dissemblables, selon la vieille formule aristotélicienne²⁸. Le droit français, toutefois, restreint le sens de la règle d'égalité à la première de ces propositions²⁹. Face à une différence de traitement établie par la loi ou en vertu d'une loi

¹⁸ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd. Trad. Française, 1962, p. 190.

¹⁹ Sarah JOSEPH et Melissa CASTAN, *The International Covenant on Civil and Political Rights*, 3^e éd., Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 822-823 et Olivier DE SCHUTTER, « Article 26 », in Emmanuel DECAUX, *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article*, Economica, 2008, pp. 561-593.

²⁰ Il est à noter que dans de nombreux ordres juridiques nationaux, le principe d'*égalité devant la loi* est compris comme visant au premier chef le législateur et donc le contenu de la loi. Cf. Olivier JOUANJAN, « Egalité », in Denis ALLAND et Stéphanie RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F., Paris, 2003, pp. 585-589, p. 586.

²¹ Observation générale n°18 : Non-discrimination, § 12.

²² Sarah JOSEPH et Melissa CASTAN, *op. cit.*, p. 823 et Olivier DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 578.

²³ Olivier DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 579. Cf. aussi Martin SCHEININ, « Exemples de l'application de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques », in *La non-discrimination : un droit fondamental. Séminaire marquant l'entrée en vigueur du Protocole n°12*, Strasbourg, 11 octobre 2005, éditions du Conseil de l'Europe, 2006, pp. 12-25, p. 19.

²⁴ CDH, 30 mars 1989, *B.d.B. et al c. Pays-Bas*, c. n°273/1988, § 6.7. Cf. aussi CDH, 7 avril 1999, *Gauthier c. Canada*, c. n°633/1995.

²⁵ Cf. CDH, 25 octobre 2002, *Pezoldova c. République tchèque*, c. n°757/1997 et CDH, 4 avril 2001, *Kavanagh c. Irlande*, c. n°819/1998.

²⁶ CDH, 14 septembre 2006, *O'Neill et Quinn c. Irlande*, c. n°1314/2004, § 8.3.

²⁷ Id., § 8.4.

²⁸ Bruno DE WITTE, « From a « Common Principle of Equality » to « European Antidiscrimination Law », *American Behavioral Scientist*, vol. 53, n°12, 2010, pp. 1715-1730, p. 1717. Cf. aussi Olivier JOUANJAN, *op. cit.*, pp. 586-588.

²⁹ Olivier JOUANJAN, *op. cit.*, p. 586.

entre plusieurs catégories d'individus, les juges nationaux, pour déterminer s'il y a rupture de l'égalité, examinent si la différenciation repose sur une justification légitime compte tenu du but poursuivi par la législation et si les traitements sont proportionnés à la situation³⁰. Le Comité des droits de l'homme suit un raisonnement comparable lorsqu'il applique l'article 26 du Pacte, tout en reconnaissant également la notion de discrimination indirecte³¹. Sur ce plan, le contrôle opéré sur la base du principe d'égalité rejoint l'examen fondé sur la norme de non-discrimination. Le rapport explicatif du protocole n°12 souligne le lien entre les deux notions en observant : « *le principe d'égalité exige que des situations égales soient traitées de manière égale et des situations inégales de manière différente. Toute atteinte à cet égard sera considérée comme une discrimination, à moins qu'il n'existe une justification objective et raisonnable* »³². On reconnaît là les critères de base identifiés par la Cour européenne des droits de l'homme comme devant guider l'application de l'article 14 de la Convention³³.

Depuis l'adoption du Protocole n°12, la Cour, s'inspirant du droit de l'Union européenne en la matière, a reconnu que la *discrimination indirecte* était également interdite par la Convention. Elle a ainsi établi qu'il pouvait y avoir discrimination lorsqu'une politique ou une mesure, quoique formulée de manière neutre, a un effet préjudiciable disproportionné sur un groupe protégé, sans répondre à une justification objective et raisonnable ou sans que les moyens utilisés soient proportionnés au but poursuivi³⁴. La notion de discrimination indirecte va au-delà de la formule aristotélicienne rappelée plus haut : elle implique qu'un traitement égal de situations *a priori* égales mais qui génère en pratique des effets inégaux, peut également être contraire à la norme de non-discrimination lorsque certaines conditions sont réunies. Et le remède à cette discrimination ne consiste pas forcément à appliquer un traitement différent aux situations en présence : une norme commune mais différemment formulée pourrait aussi, le cas échéant, permettre d'éliminer ce caractère discriminatoire. L'interdiction de la discrimination indirecte confère dès lors à la règle de non-discrimination une dimension supplémentaire par rapport à la norme d'égalité, telle qu'elle est interprétée classiquement³⁵.

Ces considérations montrent que si le principe d'égalité et la norme de non-discrimination sont étroitement liées, ils ne se confondent pas entièrement.

B. NON-DISCRIMINATION ET EGALITE DE FAIT

Le terme « égalité » est à nouveau évoqué dans les deuxième et troisième alinéas du préambule. Mais il n'est plus question ici du principe d'égalité, au sens d'exigence que les pouvoirs publics doivent respecter dans le traitement qu'ils réservent aux individus, mais de l'égalité entre individus en tant que situation de fait vers laquelle une société démocratique devrait tendre.

Le deuxième alinéa indique que l'adoption du protocole s'inscrit dans une volonté de « *prendre de nouvelles mesures pour promouvoir l'égalité de tous par la garantie collective d'une interdiction générale de discrimination* ». La prohibition de la discrimination est ainsi envisagée comme un moyen de promouvoir l'égalité entre les individus. Sur ce plan, l'apport du Protocole n°12, par rapport à d'autres instruments internationaux, est de soumettre cette interdiction au contrôle d'une juridiction internationale, à savoir la Cour européenne des droits de l'homme.

Le troisième alinéa reconnaît qu'il existe des moyens plus volontaristes que la seule interdiction de la discrimination pour promouvoir l'égalité ou plus précisément « *une égalité pleine et effective* ». Sont visées ici les mesures dites d'*action positive*, pour reprendre la terminologie du droit de l'Union européenne, à savoir un traitement spécifique accordé à un groupe particulier d'individus en vue de compenser ou d'éliminer une situation d'inégalité de fait subie par ce groupe³⁶. Ces mesures peuvent prendre différentes

³⁰ Ibid., p. 586-587.

³¹ Olivier DE SCHUTTER, *op. cit.* Cf. CDH, 8 août 2003, *Althammer et autres c. Autriche*, c. n°998/2001.

³² Rapport explicatif, § 15.

³³ Rapport explicatif, § 18. Le rapport explicatif relève par ailleurs que la Cour européenne des droits de l'homme, dans sa jurisprudence sur l'article 14, s'est référée aux notions d' « *égalité de traitement* » (CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, n°1474/62 *et al.*, § 10) et d' « *égalité des sexes* » (CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales, Balkandali c. Royaume-Uni*, n°9214/80 *et al.*, § 78) (Rapport explicatif, § 15).

³⁴ CEDH, 4 mai 2001, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, n°24746/94, § 154 et CEDH [GC], 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République tchèque*, n°57325/00, § 184.

³⁵ Bruno DE WITTE, *op. cit.*, pp. 1720-21.

³⁶ Sur la notion d'action positive, cf. Olivier DE SCHUTTER, « Positive Action », in Dagmar SCHIEK, Lisa WADDINGTON et Marc BELL (dirs), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Hart, Oxford and Portland (Oregon), 2007, pp. 757-870.

formes. Elles peuvent se traduire notamment par un traitement préférentiel accordé aux membres du groupe concerné, ce qui explique l'expression de *discrimination positive* souvent utilisée en français, mais source de confusion selon nous dans la mesure où la notion de « *discrimination* » renvoie *a priori* à un type de comportements interdit par les normes internationales relatives aux droits de l'homme.

Le préambule du Protocole n°12 rappelle ainsi que le principe de non-discrimination n'empêche pas les Etats parties « *de prendre des mesures pour promouvoir une égalité pleine et effective, à la condition qu'elles répondent à une justification objective et raisonnable* ». Dès l'affaire linguistique belge, à l'origine du premier arrêt relatif à l'article 14 de la Convention, la Cour avait observé que des différences de traitement peuvent être légitimes lorsqu'elles visent à « *corriger des inégalités de fait* »³⁷. Le rapport explicatif du protocole précise à cet égard que le « *fait que certains groupes ou catégories de personnes soient défavorisés ou l'existence de certaines inégalités de fait, peut constituer une justification pour l'adoption de mesures octroyant des avantages spécifiques afin de promouvoir l'égalité, sous réserve que le principe de proportionnalité soit respecté.* »³⁸

En soulignant que les mesures d'action positive ne sont pas contraires au principe de non-discrimination, le préambule du protocole fait écho à d'autres instruments internationaux. La Convention internationale pour 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, conclues dans le cadre des Nations Unies, permettent toutes deux expressément l'adoption de « *mesures temporaires spéciales* » visant à réaliser ou accélérer l'égalité³⁹, pour autant que deux conditions soient respectées : ces initiatives doivent être nécessaires au vu de la situation du groupe concerné et ne peuvent être maintenues une fois les objectifs atteints⁴⁰. Dans le droit de l'Union européenne, le maintien ou l'adoption de mesures dites d'action positive est également expressément autorisé⁴¹. La Cour de justice s'est toutefois montrée relativement stricte dans l'évaluation de la conformité de tels dispositifs avec le principe d'égalité de traitement. Elle considère qu'une règle obligeant, dans des processus de recrutement, à *qualifications égales* des candidats, à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans des secteurs d'activités où les femmes sont sous-représentées, n'est conforme au principe d'égalité de traitement qu'à condition de ne pas être absolue : le mécanisme doit garantir « *aux candidats masculins ayant une qualification égale à celle des candidats féminins que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité accordée aux candidats féminins, lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin.* »⁴²

La Convention internationale pour 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 ne se contentent pas d'autoriser les mesures d'action positive : elles consacrent également une obligation, dans certaines circonstances, de mettre en place de telles politiques. Ainsi, l'article 2, § 2 de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale requiert expressément des Etats qu'ils prennent, si les circonstances l'exigent, des « *mesures spéciales et concrètes pour assurer comme il convient le développement ou la protection de certains groupes raciaux ou d'individus appartenant à ces groupes en*

³⁷ CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, n°1474/62 et al., § 10.

³⁸ Rapport explicatif, § 16. Pour une application de ces principes par la Cour, cf. en particulier CEDH [GC], 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, n°65731 et s.

³⁹ Art. 1, § 4 de la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et art. 4, § 1 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. La Convention sur les droits des personnes handicapées indique quant à elle que « *[l]es mesures spécifiques qui sont nécessaires pour accélérer ou assurer l'égalité de facto des personnes handicapées ne constituent pas une discrimination au sens de la présente Convention* ». On n'y retrouve pas la condition du caractère temporaire de telles mesures.

⁴⁰ Cf. Ineke BOEREFIJN et alii (eds.), *Temporary Special Measures. Accelerating de facto equality of women under Article 4(1) UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Intersentia, Antwerpen, Oxford, New York, 2003.

⁴¹ Cf. art. 5 de la Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; art. 7 de la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; art. 3 de la Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) ; art. 6 de la directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services. Cf. aussi art. 157, § 4 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (en matière d'égalité entre hommes et femmes).

⁴² CJUE, 11 novembre 1997, *Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, C-409/95, § 33. Cf. aussi CJUE, 28 mars 2000, *Badeck c. Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, C-158/97, § 38 et CJUE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson c. Fogelqvist*, C-407/98. Sur cette jurisprudence, cf. not. Panos KAPOTAS, « A tale of two cities: positive action as 'full equality' in Luxembourg and Strasbourg », in Kanstantsin DZEHTSIAROU et al. (dirs), *Human Rights Law in Europe. The Influence, Overlaps and Contradictions of the EU and the ECHR*, Routledge, London, 2014, pp. 188-214 et Olivier DE SCHUTTER, « Positive Action », *op. cit.*, pp. 757-870.

vue de leur garantir, dans des conditions d'égalité, le plein exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales. » Ces mesures, toutefois, doivent rester temporaires : elles « ne pourront en aucun cas avoir pour effet le maintien de droits inégaux ou distincts pour les divers groupes raciaux, une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient. »⁴³ Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies estime qu'une obligation similaire découle de l'article 26 PIDCP. Dans son observation générale sur cette disposition, il affirme en effet que le « principe d'égalité suppose parfois de la part des Etats parties l'adoption de mesure 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. » Ces mesures « peuvent consister à accorder temporairement un traitement préférentiel dans des domaines spécifiques », par exemple dans des cas « où la situation générale de certains groupes de population empêche ou compromet leur jouissance des droits de l'homme »⁴⁴. Les situations visées semblent être celles dans lesquelles les membres d'un groupe particulier sont victimes d'une discrimination d'une telle ampleur qu'on peut la qualifier de structurelle ou systémique⁴⁵.

Le rapport explicatif du protocole n°12 précise, en revanche, que, contrairement à ces autres instruments internationaux, le protocole n'impose aucune obligation d'adopter de telles mesures⁴⁶. Il justifie cette différence en soulignant qu'« une telle obligation de caractère programmatique » se concilierait mal avec la spécificité du système de la Convention qui tient au contrôle juridictionnel exercé par la Cour européenne des droits de l'homme, lequel est conçu pour porter sur « des droits individuels énoncés en des termes suffisamment spécifiques pour être justiciables. »⁴⁷

Depuis l'adoption du protocole, cependant, la Cour européenne des droits de l'homme, dans sa jurisprudence relative à l'article 14, a laissé entendre que le principe de non-discrimination pourrait, dans certains contextes, induire pour l'Etat une obligation d'agir en vue de remédier à une inégalité de fait. Déjà, dans l'arrêt *Thlimmenos c. Grèce*, rendu quelques mois avant l'adoption du Protocole n°12, elle déclarait que le droit garanti par l'article 14 n'est pas seulement transgressé lorsque les Etats font subir, sans justification objective et raisonnable, un traitement différent à des personnes placées dans des situations analogues ; il l'est également lorsque « sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes. »⁴⁸ En l'espèce, toutefois, ce n'était pas la problématique de l'action positive qui était en jeu : le traitement distinct réclamé par le requérant n'était pas destiné à remédier à une inégalité de fait mais à tenir compte de la spécificité de sa situation comparée à celle des autres individus visés par la règle contestée⁴⁹. Mais dans des arrêts postérieurs, la Cour observe, au titre des principes généraux relatifs à l'article 14, que « dans certaines circonstances, l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité peut en soi emporter violation de la disposition en cause »⁵⁰. Et dans des affaires relatives à la discrimination subie par des enfants roms dans l'accès à l'éducation, elle déclare que lorsque les membres d'un groupe ont souffert dans le passé de discrimination dans l'éducation dont les effets persistent dans le présent, la réalisation du droit à l'instruction exige la mise en œuvre de *mesures positives*, notamment pour aider les enfants concernés à suivre le programme scolaire⁵¹. Toutefois, si la Cour conclut dans ces affaires à l'existence d'une discrimination dans la jouissance du droit à l'instruction, ce n'est pas au premier chef du fait de l'absence de mise en place d'action positive, mais en raison de pratiques consistant à séparer les enfants roms des autres élèves. La position de la Cour sur la question de savoir si, et dans quelle mesure, la règle de non-discrimination au sens de la Convention peut emporter une obligation d'adopter des mesures d'action positive, reste donc ambiguë. La maigre jurisprudence développée sur la base du Protocole n°12 n'a, jusqu'à présent, fourni aucun éclaircissement sur ce point⁵².

⁴³ Art. 2, § 2 de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Cf. aussi article 3 de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

⁴⁴ CDH, Observation générale n° 18 (1989) : Non-discrimination, § 10.

⁴⁵ Olivier DE SCHUTTER, « Article 26 », *op. cit.*, spéc. pp. 587-588. Comme le souligne cet auteur, le seuil à partir duquel la discrimination subie par un groupe peut être qualifiée de structurelle ou systémique n'est pas évident à établir.

⁴⁶ Rapport explicatif, § 16.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ CEDH [GC], 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, n°34369/97.

⁴⁹ Pour plus de détails sur cette affaire, nous renvoyons au chapitre relatif à l'article 14 de la Convention.

⁵⁰ Cf. *Stec et autres*, précité, § 51 et *D.H. et autres*, précité, § 175.

⁵¹ CEDH [GC], 16 mars 2010, *Oršuš et autres c. Croatie*, n° 15766/03, 16 mars 2010, § 177 et CEDH, 29 janvier 2013, *Horváth et Kiss*, n° 11146/11, § 104. Sur cette question, Edouard DUBOUT, « La Cour européenne des droits de l'homme et la justice sociale – A propos de l'égal accès à l'éducation des membres d'une minorité », *R.T.D.H.*, n°84, 2010, pp. 987-1011 et Julie RINGELHEIM, « La discrimination dans l'accès à l'éducation : les leçons de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, vol. 27, n°105, 2016, pp. 77-96.

⁵² Cf. chapitre suivant consacré à l'article 1 du Protocole.

IV. CONCLUSION

Le préambule du Protocole n°12 à la Convention apporte des précisions utiles sur la portée de la disposition de fond de ce texte. Il souligne le lien étroit entre le principe d'égalité et la norme de non-discrimination. Mais ni le préambule, ni le rapport explicatif, n'évoquent les différences qui peuvent exister entre le droit à l'égalité devant la loi et à l'égale protection de la loi, d'une part, et la règle de non-discrimination, d'autre part. L'examen de la pratique du Comité des droits de l'homme suggère cependant que le surcroît de protection qu'offre aux individus la reconnaissance, dans l'article 26 PIDCP, de l'égalité devant la loi et du droit à l'égale protection de la loi, comparé au seul droit à la non-discrimination, reste limité.

Le préambule mentionne également la possibilité pour les Etats d'adopter des mesures visant à promouvoir une égalité « *pleine et effective* » dans les faits. Faisant écho à la jurisprudence de la Cour sur ce point, il précise que de telles mesures d'action positive ne sont pas interdites par la norme de non-discrimination, pour autant qu'elles répondent à une justification objective et raisonnable. En revanche, le protocole n'énonce pas d'obligation d'adopter de telles mesures. L'évolution de la jurisprudence de la Cour sur le terrain de l'article 14, postérieurement à l'adoption du Protocole n°12, donne à penser toutefois qu'il n'est pas exclu que, dans des circonstances particulières, une obligation positive en ce sens soit déduite de la norme de non-discrimination désormais protégée par la Convention à la fois par l'article 14 et par l'article 1 du Protocole n°12.