



HAL
open science

Le principe d'égalité dans la Convention européenne des droits de l'homme – Contribution à une théorie générale du principe d'égalité

Frédéric Edel

► To cite this version:

Frédéric Edel. Le principe d'égalité dans la Convention européenne des droits de l'homme – Contribution à une théorie générale du principe d'égalité. Droit. Université de Strasbourg, 2003. Français. NNT: . tel-04227304

HAL Id: tel-04227304

<https://hal.science/tel-04227304>

Submitted on 3 Oct 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Université de Strasbourg III Robert Schuman
Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion

Thèse pour le doctorat en droit
Droit public

LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ
DANS LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
—
CONTRIBUTION À UNE THÉORIE GÉNÉRALE
DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

Frédéric EDEL

Jury :

Monsieur Jean-François FLAUSS, *Directeur de recherche*

Professeur à l'Université de Paris II Panthéon-Assas

Monsieur Olivier JOUANJAN

Professeur à l'Université de Strasbourg III Robert Schuman

Monsieur Charles LEBEN

Professeur à l'Université de Paris II Panthéon-Assas

Monsieur Patrice ROLLAND

Professeur à l'Université de Paris XII Val-de-Marne

Madame Françoise TULKENS

Juge à la Cour européenne des droits de l'homme,

Professeur extraordinaire à l'Université de Louvain

Soutenance publique le 18 décembre 2003

À Marie-Jeanne, Pierre et Éliane Edel

Je voudrais exprimer ici ma reconnaissance et mes vifs remerciements à Monsieur le professeur Jean-François Flauss, pour la confiance qu'il m'a témoignée ainsi que pour son soutien constant dans l'encadrement de cette recherche.

Je tiens également à manifester ma profonde gratitude à l'égard de tous ceux qui, à un titre ou un autre, m'ont apporté leur aide pour l'accomplissement de ce travail. Ils se reconnaîtront.

« L'égalité n'est une identité que de choses qui
ne sont pas les mêmes »

G.W.F. Hegel,
*Encyclopédie des sciences philosophiques en
abrégé* (1830), § 118.

“L’Université n’entend, ni approuver, ni désapprouver, les opinions émises dans la présente thèse ; celles-ci devant être considérées comme propres à leur auteur”.

Abréviations

<i>AFDI</i>	<i>Annuaire français de droit international</i>
<i>AIJC</i>	<i>Annuaire international de justice constitutionnelle</i>
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
<i>AJIL</i>	<i>American Journal of International Law</i>
<i>Ann.</i>	<i>Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme</i>
art.	article
c.	contre
CC	Conseil constitutionnel
<i>CDE</i>	<i>Cahiers de droit européen</i>
CDH (CDHNU)	Comité des droits de l'homme (des Nations Unies)
CE	Conseil d'État
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
<i>cf.</i>	<i>confere</i>
chron.	chronique
CIJ	Cour internationale de justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
coll.	collection
ComEDH	Commission européenne des droits de l'homme
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CourIADH	Cour interaméricaine des droits de l'homme
CPJI	Cour permanente de justice internationale
CPJI <i>série A</i>	arrêts de la Cour permanente de justice internationale
CPJI <i>série B</i>	avis consultatifs de la Cour permanente de justice internationale
<i>D</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>D&R</i>	<i>Décisions et rapports de la Commission européenne des droits de l'homme</i> (depuis 1975)
DDH	Direction des droits de l'homme du Conseil de l'Europe
dir.	directeur, direction
doc.	document
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
éd.	éditeur, édition
<i>EHRLR</i>	<i>European Human Rights Law Review</i>
<i>EJIL</i>	<i>European Journal of International Law</i>
<i>HRLJ</i>	<i>Human rights law journal</i>
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
<i>JCP E</i>	<i>Juris-Classeur Périodique, éd. Entreprises</i>
<i>JCP G</i>	<i>Juris-Classeur Périodique, éd. Générale</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal du droit international (Clunet)</i>
<i>JO (JORF)</i>	<i>Journal officiel (Journal officiel de la République française)</i>

<i>JOCE</i>	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i>
<i>JTDE</i>	<i>Journal des tribunaux – droit européen</i>
<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato</i>
<i>NQHR</i>	<i>Netherlands Quaterly Human Rights</i>
<i>OIT</i>	Organisation internationale du travail
<i>ONG</i>	organisation non gouvernementale
<i>ONU</i>	Organisation des Nations Unies
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
<i>PIDCP</i>	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
<i>PIDESC</i>	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
<i>RBDC</i>	<i>Revue belge de droit constitutionnel</i>
<i>RBDI</i>	<i>Revue belge de droit international</i>
<i>RCADI</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
<i>RDH</i>	<i>Revue des droits de l'homme</i>
<i>RDISDP</i>	<i>Revue de droit international des sciences diplomatiques et politiques</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue de droit public</i>
<i>Rec. Déc.</i>	<i>Recueil de décisions de la Commission européenne des droits de l'homme (jusqu'en 1974)</i>
<i>REDP</i>	<i>Revue européenne de droit public</i>
<i>réimp.</i>	réimpression
<i>req.</i>	requête
<i>RGDIP</i>	<i>Revue générale de droit international public</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RFDC</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RJDA</i>	<i>Revue de jurisprudence de droit des affaires</i>
<i>ronéo.</i>	ronéotypé
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTDE</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>RTDH</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>
<i>RUDH</i>	<i>Revue universelle des droits de l'homme</i>
<i>Série A</i>	<i>arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (jusqu'au 31 décembre 1995), Karl Heymanns Verlag, Köln, Allemagne</i>
<i>Série B</i>	<i>mémoires, plaidoiries et documents de la Cour européenne des droits de l'homme, Karl Heymanns Verlag, Köln, Allemagne</i>
<i>sqq.</i>	<i>sequentes</i>
<i>trad.</i>	traduit, traduction
<i>v.</i>	voir
<i>vol.</i>	volume

Sommaire

Première partie. La définition fondamentale du principe d'égalité

Titre 1. Le fondement historique du principe d'égalité

Titre 2. Le fondement théorique du principe d'égalité

Deuxième partie. La définition jurisprudentielle du principe d'égalité

Titre 1. Le champ d'application du principe d'égalité

Titre 2. L'obligation posée par le principe d'égalité

Troisième partie. La définition du principe d'égalité à l'épreuve de la recherche d'une égalité plus effective

Titre 1. Le principe d'égalité et la notion d'obligation positive

Titre 2. Le principe d'égalité et la notion de discrimination positive

Introduction générale

Comme toute déclaration des droits héritée de la longue tradition des Lumières, la « Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », signée dans le cadre du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950 (et entrée en vigueur le 3 septembre 1953), proclame l'égalité entre les hommes. La Convention européenne des droits de l'homme garantit l'égalité à travers deux textes : l'article 14 de cette Convention¹, d'une part, et, d'autre part, l'article 1^{er} de son douzième Protocole additionnel², signé, quant à lui, le 26 juin 2000 (et non encore entré en vigueur au jour où nous écrivons)³. L'obligation posée par ces deux dispositions est rigoureusement la même : elles interdisent aux États contractants d'introduire des discriminations ; seule change l'étendue de leur champ d'application respectif. Alors que l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme interdit la

¹ « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

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

³ En octobre 2004, le Protocole n° 12 était déjà signé par les États européens suivants : Autriche, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Chypre, Croatie, République tchèque, Estonie, Finlande, Géorgie, Allemagne, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Italie, Lettonie, Liechtenstein, Luxembourg, Moldova, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Roumanie, Russie, Saint-Marin, Slovaquie, Slovénie, Turquie, « Ex-République yougoslave de Macédoine », Ukraine et Serbie-Monténégro. Son entrée en vigueur interviendra lorsque dix États membres du Conseil de l'Europe l'auront ratifié. En octobre 2004, le Protocole n° 12 était déjà ratifié par les États suivants : Bosnie-Herzégovine, Chypre, Croatie, Géorgie, Norvège, Saint-Marin et Serbie-Monténégro.

discrimination « dans la jouissance des droits et libertés reconnus par [le traité européen] », l'article 1^{er} de son douzième Protocole additionnel interdit la discrimination « dans la jouissance de tout droit prévu par la loi », quelle qu'elle soit, qu'elle interfère, ou non, dans l'exercice des droits et libertés énoncés par le traité européen.

La teneur de la règle protégée par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ou par l'article 1^{er} du Protocole n° 12 est faussement simple. En vérité, les problèmes liés à l'interprétation du principe d'égalité et aux méthodes juridictionnelles mises en œuvre aux fins de son application sont d'une complication extrême. Les auteurs qui ont travaillé sur l'égalité sont unanimes : celle-ci compte sans doute parmi les notions qui, comme le fait observer Charles Leben, « recouvrent en réalité des problèmes conceptuels (philosophiques, logiques, politiques, économiques, juridiques) d'une complexité souvent déconcertante »⁴. Ainsi Marc Bossuyt – dans son ouvrage intitulé *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, paru en 1976 (qui est la seule monographie en langue française consacrant une large part de ses développements à l'interdiction de la discrimination garantie par la Convention européenne des droits de l'homme⁵) – relève d'emblée « l'imprécision dont souffre la notion »⁶. De son côté, P. van Dijk estime que « le concept d'égalité, à l'origine de l'interdiction de la discrimination, constitue l'un des principes juridiques les plus complexes qui soient »⁷. De même, Gilles Pellissier considère que « de tous les principes du droit positif, l'égalité est sans doute le plus ambigu »⁸. Ferdinand Mélin-Soucramanien note, quant à lui, que « l'égalité apparaît encore bien souvent comme une notion extrêmement complexe revêtant une signification équivoque »⁹. Gwénaële Calvès semble aller encore plus loin en affirmant que « le contenu même du principe d'égalité, trop clair pour ne pas être obscur, s'avère inassignable »¹⁰. Lucien Sfez est tout aussi radical lorsqu'il soutient : « hybride, la notion d'égalité justifie

⁴ Ch. Leben, « Le Conseil Constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP* 1982 (pp. 296-353), p. 297. ; voir aussi *idem*, « Le principe d'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire », in G. Haarscher (dir.), *Chaim Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 215 *sqq.*

⁵ En langue anglaise : voir E.W. Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law, with special reference to Human Rights*, The Hague, Nijhoff, 1973 ; W. Mc Kean, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983. En allemand : voir F. Ermacora, *Diskriminierungsschutz und Diskriminierungsverbot in der Arbeit der Vereinten Nationen*, Vienne/Stuttgart, Braumüller, 1971 ; W. Kewenig, *Der Grundsatz der Nichtdiskriminierungsschutz im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen, vol. I (Der Begriff der Diskriminierung)*, Frankfurt am Main, Athenäum, 1972.

⁶ M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 31.

⁷ P. van Dijk et G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer/Boston, Kluwer, 1990, 2^e éd., p. 539 (« The concept of equality and the ensuing prohibition of discrimination constitute one of the most complex principles of law » : opinion exprimée à l'occasion de l'étude de l'article 14 : pp. 532-548).

⁸ G. Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996, p. 1.

⁹ F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997, p. 19.

¹⁰ G. Calvès, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis – Le problème de la discrimination "positive"*, Paris, LGDJ, 1998, citation extraite de la quatrième de couverture de l'ouvrage.

n'importe quoi, dans n'importe quelle condition. Elle doit sa survie à son absence de détermination théorique précise »¹¹. Nous voilà donc avertis¹², avec néanmoins ce dernier indice : il est sans doute impossible de saisir complètement l'égalité sans un fondement théorique extrêmement solide et clair.

En conséquence, la présente étude ne s'attellera pas uniquement à l'analyse de l'interdiction de la discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'elle est précisée par la jurisprudence de ses organes de contrôle. Elle s'attachera aussi, à cette occasion, aux fondations de l'égalité : c'est, en effet, à une théorie de l'égalité qu'il faudra également s'essayer ; le caractère supranational et paneuropéen du traité international qu'est la Convention européenne des droits de l'homme en fait, de surcroît, un lieu idoine pour un tel essai. Après avoir brièvement situé les difficultés inhérentes à un tel sujet (section 1), il importera de présenter la façon dont il a été choisi de l'aborder (section 2).

Section 1. La déconstruction du problème de l'égalité

À bien analyser le phénomène de la non-discrimination, toute la complexité du problème et toutes les dissensions qui peuvent être observées (§ 1) proviennent d'une source unique qu'il convient d'identifier au plus près (§ 2).

¹¹ L. Sfez, *L'égalité*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1989, p. 122 ; ou bien *idem*, *Leçons sur l'égalité*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1984, p. 288.

¹² Cette énumération pourrait en effet se poursuivre encore longuement : ainsi, G. Koubi et G.J. Guglielmi notent, dès les premières lignes d'un ouvrage consacré à la question de l'égalité des chances, que « la réception de ce concept dans la sphère juridique est loin d'être dépourvue d'ambiguïtés [...] La plupart des contributions réunies dans ce volume révèlent soit la difficulté de penser et de concevoir l'égalité, soit la difficulté de formuler et de concrétiser l'égalité des hommes entre eux dans les systèmes juridiques et sociaux contemporains » ; G. Koubi et G.J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances – Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, p. 7 ; ou bien, P. Oriante note, pour sa part, « l'omniprésence de cette valeur dans le droit positif et la difficulté d'identifier la manière dont elle agit à l'intérieur de celui-ci. C'est probablement la raison de la véritable fascination que le sujet exerce sur les juristes de tous les pays du monde » : P. Oriante, « Valeurs et méthode dans le système juridique : le rôle de l'égalité », in Ch. Perelman (dir.), *L'égalité*, vol. VIII, Bruxelles, Bruylant, 1982 (pp. 583-614), p. 583.

§ 1. Le constat d'un problème majeur : des contradictions non résolues

De fait, au terme de ces années de recherche, il nous est aujourd'hui permis d'affirmer, en pesant nos mots, que rarement une seule et même notion aura donné lieu à des interprétations aussi hétéroclites ainsi qu'à des explications aussi radicalement contradictoires et peu agencées les unes aux autres (A). Il en ressort une cacophonie à la fois conceptuelle et sémantique proprement assourdissante. Il pourrait être consacré plusieurs volumes au simple recensement de l'extrême diversité des assertions qui ont pu être avancées à son endroit (B).

A. Des descriptions de l'égalité souvent discontinues ou contradictoires

Le principal problème de la plupart des écrits juridiques sur l'égalité réside, à de rares exceptions près, dans le fait qu'ils donnent lieu à un discours qui – pour le dire par une formule que nous empruntons à Jankélévitch – est « discontinu » et « survole les chemins de la causalité »¹³ : un examen critique véritablement intransigeant quant à la cohérence rationnelle de l'argumentation développée fait apparaître que, trop souvent, certains chaînons du raisonnement manquent. Celui-ci n'est, ni entièrement vrai, ni complètement faux : il est incomplet, de sorte que sa validité peut difficilement être éprouvée. Et même lorsque tous les chaînons semblent être présents, on constate souvent rapidement qu'un bon nombre d'entre eux est loin de s'inscrire dans la stricte rationalité. L'égalité est le lieu de tous les syncrétismes et de toutes les pirouettes. Il est même fascinant de constater la promptitude avec laquelle la fameuse rigueur juridique, une fois confrontée à l'égalité, s'accommode soudain d'un raisonnement qui devient approximatif, n'a plus rien de cartésien, prend un tour littéraire en recourant à la métaphore pour seule et unique explication ou bien se réfugie dans des arguties de pure technique juridique. Il est à cet égard étonnant d'observer la manière dont l'articulation logique de ces techniques juridiques avec l'idée d'égalité peut, soit être passée sous silence ou vécue sur le mode de l'évidence, soit être effectuée de manière complètement sibylline ou allégorique. Les écrits relatifs à l'égalité sont un étrange mélange entre des arguments d'autorité, des références technicistes et des considérations intuitives. L'égalité est sujette à tous les amalgames, à toutes les confusions et à toutes les incohérences. Le

¹³ V. Jankélévitch, Cours donné à la Sorbonne (1959-1960), cours n° 2 du 14 décembre 1959 (sur le thème de l'immédiat, et plus exactement le commentaire du *Philèbe* de Platon, concernant la distinction entre la véritable dialectique et l'éristique) ; Archives de l'Institut National de l'Audiovisuel (INA) ; ce passage du cours de Jankélévitch sur le discours « discontinu », « qui tire une certaine conclusion brusquement d'une thèse sans moyen terme », « sans l'intermédiaire des *μέσα* », correspond exactement au problème auquel nous avons souvent été confronté lors de nos lectures sur le problème de la non-discrimination.

relativisme semble complet, l'écheveau inextricable et l'égalité à jamais insaisissable. Le sujet peut susciter, tour à tour, l'étourdissement ou laisser un étrange sentiment de vacuité.

Dans ces conditions, par où commencer ? Une étude sémantique révèle rapidement la totale équivocité des termes dont il est fait usage en la matière. Il est à peine exagéré de dire qu'il n'existe peut-être pas deux écrits sur la question qui s'accordent de façon précise sur la signification, même minimale, à donner aux termes d'égalité¹⁴, de non-discrimination, d'inégalité, de discrimination¹⁵, de distinction, de traitement différent ou identique, etc. Pour certains, égalité et non-discrimination se recourent complètement, pour d'autres, ce n'est pas le cas¹⁶ ; pour les uns, inégalité et discrimination ne sont pas des termes équivalents, pour les autres, ils le sont ; pour quelques uns, les mots "distinction" et "différenciation" sont synonymes, pour quelques autres, ils ne le sont pas. Dans un même écrit, le terme "discriminer" pourra, à un endroit, être employé dans un sens dépréciatif et, à un autre, être connoté de façon approbatrice¹⁷ ; le mot "discrimination" pourra, à un moment, renvoyer à une situation qui a été jugée et, à un autre, refléter l'opinion subjective de l'auteur. Enchaîner, les unes derrière les autres, les lectures sur le sujet est le meilleur moyen pour y perdre complètement son latin. À l'extrême polysémie de chaque terme pris isolément, s'ajoute une présentation le plus souvent clivée des idées d'égalité ou de non-discrimination ; l'énumération de tous les dualismes dont le seul terme d'égalité fait l'objet laisse perplexe¹⁸ : se juxtaposent ainsi, selon les écrits, les notions d'égalité devant la loi, d'égalité dans la loi, d'égalité par la loi¹⁹, d'égalité formelle, d'égalité matérielle²⁰, d'égalité abstraite, d'égalité réelle, d'égalité absolue, d'égalité relative, d'égalité arithmétique, d'égalité proportionnelle, d'égalité en droit, d'égalité en fait, d'égalité des chances, d'égalité des résultats, etc. ; cette

¹⁴ Pour une présentation d'ordre général : O. Jouanjan, « L'égalité », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Le dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp. 585-589. Voir aussi Ph. Raynaud, « Égalité », in Ph. Raynaud et S. Rials, *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996, pp. 189-195.

¹⁵ Pour un exposé d'ordre général : G. Soulier, « Discrimination », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, pp. 184-186.

¹⁶ A. Eide et T. Opsahl, « Égalité et non-discrimination – Rapport général », in *Droits des personnes privées de leur liberté – Égalité et non-discrimination* (actes du septième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme), Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1990 (pp. 104-144), p. 110.

¹⁷ Pour un constat d'un emploi de plus en plus fréquent du terme "discrimination" dans un sens dépréciatif dans le domaine du droit international : W. Kewenig, *Der Grundsatz der Nichtdiskriminierungsschutz im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen, vol. I (Der Begriff der Diskriminierung)*, Frankfurt am Main, Athenäum, 1972, pp. 25-27 ; E.W. Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law, with special reference to Human Rights*, The Hague, Nijhoff, 1973, p. 48.

¹⁸ Pour un inventaire dans le champ du droit international : W. Mc Kean, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 6-11.

¹⁹ Pour un exemple parmi d'autres d'une distinction entre égalité devant, dans et par la loi : N. Belloubet-Frier, « Le principe d'égalité », *AJDA* 1998 (n° spécial sur les droit fondamentaux, 20 juillet-20 août), pp. 152-164, et surtout pp. 153-154.

²⁰ K. Wentholt, « Formal and Substantive Equal Treatment : the Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 53-64.

liste étant loin d'être exhaustive, avec cette précision que la signification qui doit être attribuée à chacune d'elle change souvent d'un écrit à l'autre.

En la matière, la polysémie règne donc sans partage, de sorte qu'il est difficile de faire dialoguer les auteurs entre eux. Aussi, à chaque fois que nous avons abordé un nouvel ouvrage ou un nouvel article, il nous a fallu, dans une démarche qui s'apparente à celle de l' "époché" sceptique ou husserlienne, suspendre provisoirement tout jugement préconçu sur ce que signifie chacun des termes employés. Il est effectivement indispensable d'abandonner temporairement tout *a priori* sur le sens des mots, pour pouvoir être en mesure d'entrer dans l'univers sémantique de l'auteur qui est lu. Il ne s'agit que d'une mise en parenthèse : celle-ci n'empêche pas qu'une démarche critique puisse par la suite être entreprise ; mais elle est indispensable pour être en situation de recevoir le message que chaque auteur a entendu faire passer. Cette plurivocité des expressions et des opinions explique qu'il n'est parfois possible d'entrer en discussion avec les écrits jurisprudentiels ou doctrinaux qu'au prix de longs développements consistant, d'abord, à exposer l'univers sémantique et conceptuel de leur auteur, puis à reformuler le débat sur une base commune et, ensuite, seulement, à entrer dans le fond du débat. Pour cette raison, la figure rhétorique qu'est la citation doit être maniée avec une extrême précaution, car il est véritablement très facile de citer un auteur à contresens de ce qu'il a entendu dire ou de caricaturer à tort une position. Il en est de même pour les références de droit comparé, lesquelles conjuguent l'épineux problème de polysémie avec celle de la correcte traduction. Aussi, nous n'entrerons dans la controverse doctrinale et ne ferons référence au droit comparé que pour les enjeux herméneutiques qui sont véritablement les plus cruciaux.

B. L'exemple du schisme entre égalité et non-discrimination

Il est assez fréquent – notamment en droit international des droits de l'homme²¹, mais aussi au-delà – d'effectuer un schisme entre la notion d'égalité, d'une part, et la notion de non-discrimination, d'autre part. Lorsqu'elles existent, les explications qui peuvent le soutenir ont recours à deux types d'arguments.

²¹ Pour des définitions de la notion de non-discrimination en droit international – outre les monographies précitées de E.W. Vierdag, W. Mc Kean, F. Ermacora et W. Kewenig – voir les articles suivants : A. Bayefsky, « The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law », *HRLJ* 1990, vol. 11, n° 1-2, pp. 1-34 ; J. Fawcett, « The Notion of Discrimination », in H. Buch, P. Foriers, Ch. Perelman (dir.), *L'égalité*, vol. V, Bruxelles, Bruylant, 1977, pp. 14-24 ; E. Lawson (dir.), « Equality », in *Encyclopedia of Human Rights – Second Edition*, Londres, Taylor & Francis, 1996, pp. 440-454 ; D. Lochak, « La notion de discrimination et sa place dans le droit international conventionnel et jurisprudentiel », in *Droits des personnes privées de leur liberté – Égalité et non-discrimination*, actes du 7^e colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme (Copenhague, Oslo, Lund, 30 mai-2 juin 1990), Strasbourg, Engel, 1994, pp. 145-155 ; K.J. Partsch, « Discrimination against Individuals and Groups », in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, North-Holland, 1992, pp. 1079-1082.

Pour les uns, la dichotomie trouverait son explication dans le degré de précision du champ d'application de la norme décrite. « Forme moderne et perfectionnée du principe d'égalité devant la loi, "la clause de non-discrimination ne se borne pas à réclamer l'égalité mais indique également ce qui doit être égal et selon quels critères". La non-discrimination permet ainsi de définir concrètement *le domaine d'application de l'égalité* : celui-ci est constitué par l'ensemble des droits protégés par la convention pertinente et l'interdiction de discrimination *ne s'applique que* pour autant qu'un droit garanti par ladite convention en est l'objet. C'est l'égalité devant le texte conventionnel et non devant le Droit en général qui est proclamée ; cependant, le Comité des droits de l'homme donne au principe de non-discrimination une portée générale en matière de protection des droits de l'homme »²². Comme on le voit, ce qui distinguerait les notions d'égalité et de non-discrimination, ce serait donc le degré de précision du champ d'application : lorsqu'un État émet un acte qui concerne précisément, soit les droits et libertés, soit des critères de catégorisation, énoncés par le texte du traité, il serait lié par un principe de non-discrimination ; mais lorsque ce même État adopte une loi qui n'a trait, ni à ceux-ci, ni à ceux-là, il serait – le cas échéant – obligé par un principe d'égalité devant la loi. Or, dès l'instant où le contenu de l'obligation posée dans ces deux hypothèses reste le même et que seule change l'étendue du champ d'application, cette nuance terminologique ne semble pas avoir beaucoup d'intérêt ; et ce, d'autant plus que la liste des critères de catégorisation énoncée par l'article 14 est non-exhaustive. Le texte susmentionné constate d'ailleurs lui-même que le Comité des droits de l'homme des Nations Unies confère au principe de non-discrimination une portée qui va au-delà des seuls droits et critères inventoriés par le Pacte lui-même. Or, s'il continue d'être désigné comme étant un « principe de non-discrimination », alors même qu'il a un champ d'application général, c'est donc que la distinction n'est en elle-même pas tenable.

Pour les autres, cette dyade s'expliquerait par une différence de contenu de l'obligation posée par chacune de ces locutions : faire respecter l'égalité et la non-discrimination ne serait pas la même chose. « Le principe de l'interdiction de la discrimination vise les multiples catégorisations, distinctions et différenciations qui caractérisent les systèmes juridiques contemporains où abondent les règles de droit d'application sélective. "Forme perfectionnée, et sans doute plus réaliste du principe d'égalité", le principe de non-discrimination ne s'oppose pas à ce que la règle de droit soit discriminante, et tolère nombre d'entorses au principe d'égalité de traitement »²³. Comme on

²² F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2001, 5^e éd., § 192 (pp. 332-333 ; les italiques sont de notre fait) ; la citation à l'intérieur du présent extrait est issue de l'ouvrage de K.-J. Partsch « Les principes de base des droits de l'homme : l'autodétermination, l'égalité et la non-discrimination », *Manuel Unesco*, (pp. 64-91) § 49. Le manuel de F. Sudre se fait ici l'écho d'une opinion répandue de manière diffuse dans le droit international des droits de l'homme.

²³ G. Calvès, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis – Le problème de la discrimination "positive"*, *op. cit.*, pp. 7-8. La citation qui se trouve dans cet extrait ("Forme perfectionnée, et sans doute plus réaliste du principe d'égalité") est tirée de l'article de R. Pelloux : « Les nouveaux discours sur l'inégalité et le droit public français », *RDP* 1982, p. 914. Il nous semble que G. Calvès reflète ici une opinion qui se rencontre de manière légèrement plus fréquente en droit interne.

le voit ici, l'idée d'égalité est assimilée à l'interdiction de toute différenciation, et celle de non-discrimination à l'interdiction des seules différenciations discriminatoires ou injustifiées. Deux cas de figure sont alors possibles. Tantôt, l'idée d'égalité n'est pas ou n'est plus l'idée qui doit être appliquée : s'y substitue celle de non-discrimination ; l'égalité est alors parfois reléguée au rang d'une idée abstraite, une sorte de modèle utopique. Tantôt, l'idée d'égalité est maintenue comme une idée qui bénéficie d'une effectuation juridique, au même titre que l'idée de non-discrimination, mais sans que l'agencement de l'une par rapport à l'autre soit très clair²⁴. Or, comme on peut le constater, il faut se contenter, pour seule explication du lien qu'il y aurait entre l'égalité et la non-discrimination, de l'assertion suivant laquelle la seconde est une « forme perfectionnée » de la première. Que la non-discrimination ait supplanté l'égalité, ou que ces deux idées s'appliquent concurremment, dans tous les cas, la question de leur articulation est hautement problématique et débouche inévitablement sur des contradictions, qui ne sont souvent pas perçues.

§ 2. Origine du problème : le caractère à la fois formel et paradoxal de l'égalité

D'où vient-il que le sujet soit à ce point fuyant, à ce point insaisissable, à ce point évanescent ? Comment expliquer que tout y semble oscillant, variable, relatif ? Qu'est-ce qui peut donc bien être à l'origine de cette difficulté extrême à construire un discours juridique cohérent autour d'une telle idée ? Cela tient, bien évidemment, à l'objet lui-même, et plus exactement à deux principaux traits caractéristiques de l'idée d'égalité.

²⁴ Pour G. Calvès, le principe de non-discrimination est tout à la fois un « aménagement du principe d'égalité » et « la réaffirmation de l'essence même du principe d'égalité » (G. Calvès, *op. cit.*, p. 7 et p. 11). Pour R. Hernu, « l'égalité est une exigence fondamentale mais variable. Elle fournit un cadre d'interprétation au juge. En revanche la non-discrimination est le résultat d'un double contrôle de comparaison des situations et de justification du traitement. Les deux notions n'interviennent pas sur le même plan. Si toute discrimination constitue une rupture de l'égalité, l'inverse n'est pas vrai » (R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, p. 248). Voir encore les explications fournies par G. Koubi, pour qui le principe de non-discrimination est « la réduction » du principe d'égalité, « a pour but de consigner résolument les conséquences du principe d'égalité dans les systèmes de droit » et est « un sous-ensemble du principe d'égalité, il s'attache à des éléments constants, invariables, ne pouvant en aucune manière être pris en considération » (G. Koubi, « Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? », in G. Koubi et G.J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances – Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, pp. 69-113, notamment pp. 70-73).

A. La “formalité” de l’égalité

La première difficulté réside dans le fait que l’égalité demeure une abstraction formelle, en tant qu’elle n’est qu’un rapport. Lorsqu’il protège la liberté d’expression, l’article 10 de la Convention européenne des droits de l’homme renvoie à une action humaine qui est matériellement identifiable, au moins de façon minimale : émettre un son, prononcer un mot, formuler une phrase, discuter, écrire, etc. Avec l’article 14 de la Convention ou l’article 1^{er} du Protocole n° 12, rien de tout cela : l’égalité est un objet fondamentalement et irrémédiablement formel.

L’objet protégé par la norme d’égalité est donc très particulier. Comme le fait remarquer Gilles Pellissier, l’égalité est « la qualité d’un rapport entre deux objets situés dans une perspective unique »²⁵. Cette perspective unique, c’est le point de vue à partir duquel les diverses positions individuelles sont observées et sont comparées entre elles, afin de déterminer si les traitements qui leur sont respectivement appliqués se tiennent dans un rapport d’égalité. L’égalité est une question de regard : elle consiste en un va-et-vient du regard entre un point et un autre. Voilà, pour le juriste, le seul indice tangible d’une matérialisation de l’idée d’égalité. En affirmant que toutes les personnes sont égales, le principe juridique d’égalité détermine la manière dont les individus doivent se regarder les uns les autres²⁶. Dès lors qu’une telle injonction s’adresse à l’État, le principe d’égalité conditionne la manière dont le pouvoir étatique doit regarder les individus. Plus exactement, la norme d’égalité indique à la puissance publique la nature du rapport qu’elle doit maintenir entre les individus, lorsque celle-ci prétend agir sur les positions des uns et des autres. Hormis cet insigne va-et-vient du regard ou, plus insigne encore, de la seule pensée, le principe d’égalité individuelle demeure essentiellement une abstraction formelle ; essentiellement, mais pas absolument, car si l’égalité est un rapport, elle n’est jamais un rapport entre rien et rien. Telle qu’elle est posée par le système juridique, telle qu’elle résulte des clauses pertinentes de déclaration de droits, l’égalité est toujours, dans la philosophie occidentale, une égalité entre individus, une égalité entre personnes. La notion d’individu ou de personne est donc concomitante à celle d’égalité. Même si l’idée de personne reste, quant à elle, une abstraction matérielle, elle n’en constitue pas moins le contenu concret *a priori* permanent du principe d’égalité. Parler de principe d’égalité est donc un abus de langage : en vérité, il faudrait toujours parler de principe d’égalité individuelle. L’égalité est la qualité d’un rapport établi entre les personnes, voilà peut-être la seule certitude indiscutable, la fondation infrangible sur laquelle se construit tout discours sur la norme d’égalité dans un système

²⁵ G. Pellissier, *Le principe d’égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996, p. 122.

²⁶ Comme on le sait, chez Lévinas, la rencontre, par le regard du visage d’autrui est au fondement, en deçà de toute attention au groupe ou à une communauté où le sens du visage risque de se diluer, de la relation éthique : E. Lévinas, *Totalité et infini – Essai sur l’extériorité*, La Haye, Nijhoff, 1961.

occidental ; l'équivalent, dans le domaine de l'égalité, du *Cogito* cartésien, dans le domaine de la métaphysique²⁷.

B. Le paradoxe de l'égalité

La seconde difficulté réside dans le fait que ce rapport d'égalité est un rapport qui, de la façon dont il fonctionne dans la période contemporaine, est un rapport contradictoire, un rapport rigoureusement antithétique. Telle qu'elle se comprend aujourd'hui, telle qu'elle est appliquée par l'ensemble des acteurs juridiques, et notamment par la Cour européenne des droits de l'homme, l'égalité commande à la fois A et non-A. Dès lors que l'on admet que le traitement identique n'est pas le seul traitement conforme au principe d'égalité, dès lors que l'on soutient que ce dernier « ne saurait être incompatible avec l'instauration de traitements différenciés »²⁸, alors on est inmanquablement obligé d'admettre que le principe pose, concomitamment, une chose et son contraire : le traitement identique d'un côté, le traitement différent de l'autre. Il nous semble qu'il s'agit peut-être là du seul cas où une seule et même règle indiquerait, d'une manière aussi limpide et simultanée, une direction et son opposé. Comme si une règle exigeait dans le même temps l'énoncé suivant lequel « la porte doit être grande ouverte » et celui selon lequel « la porte doit être fermée à double tour ». S'il n'est pas rare qu'une règle puisse un jour être interprétée comme ceci, puis plus tard, être interprétée comme cela ; s'il est fréquent qu'une règle veuille une chose, et une autre règle en veuille une autre ; si tout cela peut aisément être trouvé dans le monde du droit ; il ne nous vient pas d'exemple d'une règle juridique, seule et unique, qui commanderait, dans le même temps, A et non-A. La grande majorité des dualismes précédemment énumérés en matière d'égalité est un moyen, plus ou moins conscient, de « s'arranger » avec cette difficulté. L'émergence du thème de l'équité²⁹ venant amender, de l'extérieur, une égalité comprise de façon absolue, en est une illustration supplémentaire.

On comprend maintenant un peu mieux pourquoi il est si difficile de rendre compte de façon cohérente de l'égalité. La juridicisation des déclarations de droits a, certes, habitué les publicistes à interpréter et à appliquer des textes de droit qui, pour le dire rapidement, sont « vagues » ou « imprécis » ; cependant, à la différence des droits protégeant des libertés, le droit

²⁷ Si, par pur jeu de l'esprit, nous devons vraiment filer la métaphore jusqu'au bout, il faudrait bien plutôt parler du *Cogito* husserlien, car contrairement à Descartes, chez Husserl le *Cogito*, c'est-à-dire l'acte de pensée du sujet, est inséparable de l'objet pensé, *cogitatum* ; de la même manière, au sein de la clause juridique d'égalité individuelle, l'idée d'individu est inséparable de celle d'égalité.

²⁸ G. Calvès, *op. cit.*, p. 8.

²⁹ Voir par exemple : Conseil d'État, *Rapport public 1996 : Le principe d'égalité*, Paris, La documentation française, 1997, pp. 83-86 ; G. Vrabie, « Égalité et équité – Une plaidoirie pour le principe *restitutio in aequitatem* », *REDP* 1999, vol. 11, n° 2 (n° spécial : *Le principe d'égalité*), pp. 961-965 ; M. Borgetto, « Équité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions », in G. Koubi et G.J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances – Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, pp. 115-138.

protégeant l'égalité présente des particularités encore supplémentaires qui sont pour le moins originales : l'objet que protège le droit à la non-discrimination est non seulement un objet formel, en tant qu'il est un rapport, mais il est de surcroît un objet paradoxal, dans la mesure où le rapport dont il s'agit est un rapport rigoureusement contradictoire.

Arrivée à un tel point d'indétermination *a priori* et de contradiction apparente, la norme d'égalité pose tous les problèmes d'herméneutique juridique à leur plus haut degré de problématicité, de sorte que – plus qu'ailleurs – les jugements que l'on peut porter sur l'égalité sont fonction de la précompréhension de ce que signifie interpréter et appliquer un texte juridique. Si l'on ajoute à cela que le caractère formel du principe de non-discrimination le rend particulièrement malléable et perméable à toutes les influences du mode de pensée propre au contexte juridique dans lequel il est plongé, si l'on précise qu'il peut ainsi être le lieu de toutes les projections ; si l'on prend conscience que, pour la même raison, il balance entre l'absolue dévalorisation – « l'idée vide d'égalité » a-t-on pu soutenir aux Etats-Unis³⁰ – ou l'absolue survalorisation – « de plus en plus, l'égalité est présentée comme un substitut de justice » fait remarquer Chaïm Perelman³¹ – l'égalité serait donc une autre manière de formuler l'idéal de justice, ou bien même encore les deux à la fois³² ; si l'on tient compte encore du fait que la contradiction qui le fait aller dans une direction et dans la direction opposée le rend compatible avec presque tout, une chose puis une autre, etc. ; on saisit alors la raison pour laquelle il a pu être le réceptacle d'exposés à ce point disparates, mais aussi pourquoi il est particulièrement malaisé de produire un discours cohérent sur l'égalité ou, tout simplement, de faire dialoguer les différentes conceptions de l'égalité, d'un pays à un autre, d'une juridiction à une autre, d'un auteur à un autre.

Comment s'orienter lorsque rien n'apparaît comme véritablement assuré ? Comment réussir à dégager quelques certitudes, aussi minimales puissent-elles être, sur un tel sujet ? Il

³⁰ P. Westen, « The empty Idea of Equality », *Harvard Law Review* 1981-1982, vol. 95, pp. 537-596.

³¹ Ch. Perelman, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 274 ; ou bien *idem* « Égalité et intérêt général », in Ch. Perelman (dir.), *L'égalité*, vol. VIII, Bruxelles, Bruylant, 1982 (pp. 615-624), p. 615. Voir aussi Ch. Leben, « Chaïm Perelman ou les valeurs fragiles », *Droits* n° 2, 1985, pp. 107-115, notamment p. 113 (ainsi que la note n° 31 pour le lien effectué avec Kelsen).

³² Ch. Perelman, en interprétant « l'égalité devant la loi » comme « l'égle application de la loi par le juge ou l'administrateur » (« Égalité et intérêt général », *op. cit.*, pp. 370-371) et « l'égalité dans la loi » comme ayant trait à la question de « la création par le législateur d'inégalités arbitraires et injustifiées » (*ibid.*) a lui-même balancé entre, d'une part, la dévalorisation, en réduisant « l'égalité devant la loi » au principe de légalité, et, d'autre part, la survalorisation, en tendant à identifier « l'égalité dans la loi » à un principe de justice matérielle (voir notamment, *Éthique et droit*, *op. cit.*, p. 268). Il en est de même pour Kelsen, lorsque celui-ci soutient, dans *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, que « l'idée d'égalité [...] n'exprime au fond rien d'autre que le principe logique d'identité, ou encore le principe de contradiction, et signifie donc la même chose que l'idée d'ordre, d'unité du système [...] Mais cette réduction de l'idéal de justice à l'idée d'égalité ou d'unité du système ne signifie ni plus ni moins que la substitution de l'idéal logique à l'idéal éthique ; c'est la rationalisation de la justice, irrationnelle dans son sens originel, le fait de rendre logique la justice, *a priori* étrangère à la logique. Tel est le résultat inévitable de la tentative de faire de la justice, qui est une valeur du vouloir et de l'action, un problème de la connaissance, qui est nécessairement subordonnée à la valeur de la vérité, c'est-à-dire de l'unité cohérente » (H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État – La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1997, p. 486).

importe de dire un mot sur les angles d'attaque à partir desquels nous l'aborderons et la démarche que nous suivrons.

Section 2. La reconstruction du problème de l'égalité

À cette fin, il faut commencer par exposer les présupposés d'ordre sémantique (§ 1) et méthodique (§ 2) qui seront les nôtres.

§ 1. Indications d'ordre sémantique : l'identique et le différent, la discrimination et la non-discrimination, l'égal et l'inégal

Le premier point qu'il peut être intéressant d'aborder est assez anodin : il porte sur la question de savoir comment il faut désigner, de façon générique, la norme établie par l'article 14 de la Convention et par l'article 1^{er} du Protocole n° 12. La toute première fois où les organes de contrôle de la Convention ont été amenés à statuer sur une requête invoquant l'article 14, ceux-ci ont utilisé l'expression « principe de non-discrimination »³³ ; celle-ci est, d'ailleurs, aujourd'hui relativement répandue dans le domaine du droit européen en général. De leur côté, les textes des traités eux-mêmes ont, la seule fois où ils ont été conduits à le faire, eu recours à cette même formule, qui se trouve précisément dans le préambule du Protocole n° 12. Si la Cour européenne fait aussi, de temps en temps, référence au « principe d'égalité »³⁴, elle n'utilise cependant quasiment jamais l'expression « droit à la non-discrimination » et emploie souvent des périphrases telles que « le droit garanti par l'article 14 » ; alors même que le droit établi par cette dernière disposition s'analyse indéniablement comme un droit de l'homme, un droit individuel, un véritable droit subjectif.

Pour toutes ces raisons, nous emploierons indifféremment les expressions “principe de non-discrimination”, “principe d'égalité”, “droit à la non-discrimination”, “clause de non-discrimination”, ou bien “droit à l'égalité de traitement”.

³³ ComEDH, *X c. République fédérale d'Allemagne*, 16 décembre 1955, req. n° 86/55, *Annuaire* n° 1, p. 198.

³⁴ Voir par exemple : CourEDH, *Schuler-Zraggen c. Suisse*, 24 juin 1993, § 46 ; CouEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, 2 mars 1987, § 54.

Le second point d'ordre sémantique est, quant à lui, capital pour une bonne compréhension de la thèse qui sera ici développée. Il s'agit de définir de manière précise le sens des termes que nous allons employer, et de bien distinguer les notions suivantes³⁵.

Lorsque nous emploierons les vocables "identique", "traitement identique", "identité"³⁶ ou "identité de traitement", nous désignerons un rapport où les termes de la relation sont interchangeable³⁷.

Par "différent", "traitement différent", "différence" ou "différence de traitement", nous entendrons un rapport où les termes de la relation ne sont, cette fois, pas interchangeables. Dans cette catégorie, il faut aussi ranger les mots "distinction", "traitements distincts". Le plus souvent³⁸, lorsqu'elles seront usitées, ces expressions n'auront aucune connotation péjorative.

Quant au mot "discrimination", nous ne l'emploierons, quant à lui, jamais dans un sens neutre ; pour un souci de clarté : le terme "discrimination" sera toujours, sous notre plume, connoté de façon dépréciative. S'il se range, lui aussi, dans la catégorie "différence de traitement" ; il en est une espèce particulière. Il est important de noter (nous nous en expliquerons dans le détail au cours de cette étude) que nous considérons les mots

³⁵ Si nous sommes d'accord avec O. Jouanjan lorsqu'il affirme qu'« il est nécessaire [...] de distinguer l'identité de traitement de l'égalité de traitement, et, partant, la différence de l'inégalité de traitement », nous n'accédons pas à l'affirmation selon laquelle « l'identité de traitement est une notion formelle en ce sens qu'elle se trouve dans la règle, dans son texte. L'égalité, c'est la qualité juridique reconnue aux individus "devant" la règle, c'est-à-dire en tant que *destinataires* de cette règle » (O. Jouanjan, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits* n° 16, 1992, pp. 131-139, citation extraite des pages 137-138). Selon nous, les notions d'identité, de différence, d'égalité et d'inégalité doivent être distinguées parce qu'elles n'ont, en elles-mêmes, pas la même signification, et non parce les unes concerneraient la règle de droit et les autres les sujets de droit. La loi doit être égalitaire parce que les individus sont égaux : l'égalité est la qualité du rapport des individus entre eux ; qualité que la règle juridique, et rien d'autre, doit respecter. La question de savoir si la loi (ou la norme) se résume, ou non, au texte de loi (ou au texte de norme) est un autre problème.

³⁶ L'identité dont il s'agit ici correspond à ce que P. Ricœur désigne comme étant une identité qualitative : « La même chose est un concept de relation et une relation de relations. En tête, vient l'identité *numérique* : ainsi, de deux occurrences d'une chose désignées par un nom invariable dans le langage ordinaire, disons-nous qu'elles ne forment pas deux choses différentes mais "une seule et même" chose. Identité, ici, signifie unicité : le contraire est pluralité (non pas une mais deux ou plusieurs) ; à cette première composante de la notion d'identité correspond l'opération d'identification, entendue au sens de réidentification du même, qui fait que connaître c'est reconnaître : la même chose deux fois, *n* fois. Vient en second rang l'identité *qualitative*, autrement dit la ressemblance extrême : nous disons de X et Y qu'ils portent le même costume, c'est-à-dire des vêtements tellement semblables qu'il est indifférent qu'on les échange l'un pour l'autre ; à cette deuxième composante correspond l'opération de substitution sans perte sémantique, *salva veritate* » ; P. Ricœur, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990, pp. 140-141.

³⁷ Sur cette idée, selon laquelle sont les mêmes les choses dont l'une peut être substituée à l'autre, lire G. Frege, notamment lorsqu'il commente la phrase de Leibnitz : « *Eadem sunt quorum unum potest substitui alteri salva veritate* » ; G. Frege, *Écrits logiques et philosophiques*, Paris, Seuil, 1971, p. 148. Voir aussi A. Tarski, *Introduction à la logique*, Paris, Gauthier-Villars, 1960 (sur la notion d'identité : pp. 47-53 ; sur celles d'égalité, arithmétique et géométrique, pp. 53-55 ; voir notamment la notion d'égalité géométrique, pp. 54-55).

³⁸ Si de façon exceptionnelle cela doit arriver, le contexte lèvera toute ambiguïté sur la manière dont il faut comprendre l'expression choisie.

“discrimination” et “inégalité” comme de purs synonymes. De la même manière, les vocables de “non-discrimination” et d’ “égalité” doivent, eux aussi, être considérés comme des exacts synonymes. Nous avons déjà eu l’occasion de le suggérer, disjoindre leur signification, c’est s’exposer à des complications et à des contradictions insolubles. Si cette dichotomie s’explique très bien d’un point de vue historique (c’est aussi un point que nous aurons l’occasion de démontrer), elle est intenable d’un point de vue logique car, poussée jusqu’au bout, cette distinction est inmanquablement amenée à s’immobiliser dans une contradiction qui, dans le discours des praticiens comme de la doctrine, reste non résolue. En conséquence, il est important de le répéter, nous emploierons indifféremment les formules “principe d’égalité” ou “principe de non-discrimination” qui sont, dans ce travail, de parfaits équivalents. Un certain purisme aurait pu vouloir, dans le but d’éviter tout anachronisme, que nous commencions à ne faire apparaître le mot “discrimination” dans ce travail, notamment lors des développements historiques, qu’à partir du XXe siècle (pour des raisons qui seront exposées) : nous en avons cependant étendu l’emploi aux siècles antérieurs, préférant disposer d’un terme supplémentaire afin d’éviter un style par trop répétitif.

§ 2. Indications d’ordre méthodique : les fondations avant les murs et les murs avant la toiture

Après observation des arrêts rendus en la matière et de la présentation qui en est faite par la doctrine, il nous a semblé que ce qui fait le plus largement défaut au droit de la Convention européenne des droits de l’homme en matière de non-discrimination, c’est un ordonnancement et une assise, à la fois conceptuels, quant à la définition du principe de non-discrimination, et méthodologiques, quant au processus d’application dudit principe.

Aussi, nous faut-il ici prévenir toute attente qui demeurerait vaine, quant à la nature de la présente étude : notre objectif n’est pas de présenter au lecteur une synthèse de jurisprudence, une compilation thématifiée des affaires traitées par les organes de contrôle de la Convention, mais d’entreprendre une recherche à l’endroit où la carence nous paraît la plus manifeste, là où il nous semble qu’une analyse peut être la plus utile. Il s’agira alors d’examiner les principaux problèmes d’interprétation et d’application que pose le principe d’égalité tel qu’il est établi par la Convention européenne des droits de l’homme.

Une telle entreprise, nous l’avons déjà souligné, passe par une compréhension qui est d’abord théorique, qui remonte jusqu’aux fondements premiers de l’égalité. Réitérons que, sans elle, il nous semble qu’on ne peut rien avancer d’ordre global qui soit véritablement sérieux. Comme l’indique le titre donné à ce travail, celui-ci peut aussi se lire comme un essai

sur une théorie générale de l'égalité. Si des éléments d'ordre théorique jalonnent l'ensemble de l'étude³⁹, la partie proprement théorique en est le cœur : elle est une théorie en soi ; elle est donc, à ce titre, autosuffisante. Il s'agit tout à la fois d'une proposition juridique et d'une proposition philosophique.

La voie théorique que nous avons choisi d'emprunter nous a immanquablement conduit à nous intéresser aux écrits d'Olivier Jouanjan qui, en France, est l'un des rares auteurs à avoir mené des investigations d'ordre théorique sur la notion juridique d'égalité et émis des propositions en ce sens. Cet auteur a effectivement pu, au travers de son ouvrage sur *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, faire partager au public francophone l'un des plus vifs et profonds débats qui, depuis un siècle et demi, anime la doctrine allemande quant à l'interprétation de l'égalité devant la loi, et qui est caractérisé par un esprit de systématisation et de conceptualisation particulièrement marqué⁴⁰. À cette occasion, Olivier Jouanjan a pu avancer de sérieuses propositions théoriques qui ont été récapitulées dans un article intitulé « Réflexions sur l'égalité devant la loi », il y a plus d'une dizaine d'années maintenant⁴¹ ; il y regrette qu'en France, « la notion juridique d'égalité n'est jamais devenue une “question disputée”, dont l'indéniable intérêt aurait été de mettre plus nettement à jour les présupposés comme les enjeux qui sont nécessairement liés à l'interprétation d'un principe aussi fondamental » et ajoutait : « une telle controverse nous paraît, aujourd'hui encore, souhaitable, et peut-être nécessaire »⁴². Nous engageons donc la controverse avec lui un peu de la même manière qu'il avait, dans ce même article, engagé un débat avec Charles Leben, à qui l'on doit l'une des premières études véritablement fouillées du principe d'égalité devant la loi dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁴³. Si nous sommes aujourd'hui en mesure d'engager une discussion avec Olivier Jouanjan, c'est parce qu'il « s'est fondé sur une théorie explicite de l'égalité dont la forte cohérence »⁴⁴ qui rend possible une telle discussion. Il faut cependant immédiatement préciser que s'il nous est arrivé, sur quelques points cruciaux de l'interprétation du principe d'égalité, de penser à contre-courant de quelques-unes des orientations prises par Olivier Jouanjan, nous avons souvent aussi eu l'occasion de prendre appui sur la richesse de sa réflexion.

³⁹ La compréhension de la partie proprement théorique peut être enrichie par la lecture de la partie historique, notamment les développements consacrés à la Révolution française, par les réflexions d'ordre théorique occasionnées par le phénomène de la discrimination positive, ainsi que par la méthodologie de l'application de l'obligation de non-discrimination.

⁴⁰ O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Économica, 1992.

⁴¹ O. Jouanjan, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits* n° 16, 1992, pp. 131-139.

⁴² *Ibid.*, p. 132.

⁴³ Ch. Leben, « Le Conseil Constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP* 1982, pp. 296-353. La jurisprudence du Conseil constitutionnel est aujourd'hui défrichée par de nouvelles études : G. Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996 ; et, spécialement, F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Économica, 1997.

⁴⁴ *Ibid.* ; nous appliquons ici à Olivier Jouanjan les termes par lesquels il qualifiait lui-même la position défendue par Charles Leben.

La théorie que nous présentons n'est pas seulement une théorie juridique de l'égalité, elle est aussi une théorie philosophique de l'égalité. Sur ce terrain, notre essai est largement redevable à la pensée de Hegel, et plus exactement à ce formidable instrument conceptuel que constitue la dialectique hégélienne, dont nous avons eu la chance inestimable d'éprouver, dans le cadre de cette recherche, la très grande fécondité épistémologique. Il convient, à cet égard, d'apporter la précision suivante : si Hegel a consacré quelques développements à l'égalité⁴⁵, il n'existe, à notre très humble connaissance, pas de passage où Hegel décrirait la notion d'égalité de la façon dont nous allons le faire. Le présent travail doit donc se lire comme une application de cet outil qu'est la dialectique hégélienne à la notion d'égalité. Notre position par rapport à l'œuvre de Hegel est donc avant tout instrumentale. Pour ce qui est du fond de la théorie que nous présenterons dans le cadre de ce travail, on se bornera ici à indiquer qu'elle permettra d'assigner un statut précis, rigoureusement déterminé et maîtrisé, à l'idée d'égalité ou d'inégalité (ou si l'on préfère, à celle de non-discrimination ou de discrimination), ainsi qu'à l'idée de "même" et à celle de "différent".

Ajoutons encore simplement que la présente théorie prétend articuler de manière interrompue la théorie philosophique et la pratique juridique, de sorte qu'il est possible d'établir un lien – souvent direct – entre les considérations philosophiques les plus abstraites sur l'égalité et les méthodes ou techniques juridiques de concrétisation de l'égalité les plus prosaïques. Il était important de ne jamais perdre en chemin l'idée d'égalité et de toujours poser, de façon rigoureuse, la question du lien entre l'idée d'égalité et la technique juridique concrètement mise en œuvre ; car, en la matière, les outils à la disposition du juriste ont tendance à prendre le pas sur la cohérence de leur articulation avec l'idée d'égalité.

Cependant, il était important d'éviter un travers : celui qui aurait consisté à se lancer dans une étude théorique sans considération aucune pour l'histoire de la notion étudiée, pour la façon dont la notion a émergé, s'est constituée, a évolué. Il est impossible de comprendre ce qu'est l'égalité aujourd'hui sans comprendre ce qu'elle a été hier. Se dispenser de l'éclairage historique, c'est prendre le risque de passer à côté d'importantes clefs de compréhension des problèmes posés par l'interprétation et l'application de la non-discrimination. Voilà pourquoi il nous a d'abord paru indispensable de commencer par une approche historique : ce n'est qu'en remontant le fil de l'histoire juridique de l'égalité que l'on est en mesure de comprendre que telle conception de l'égalité est le reflet de telle tradition philosophique et juridique, que telle autre signification est la réception de telle autre période ou circonstance, que telle interprétation s'explique par le fait qu'elle est apparue dans tel contexte, et que tel vocable reflète tel héritage contrairement à telle autre locution qui en traduit un autre, etc. En résumé,

⁴⁵ Pour les références, se reporter à nos développements théoriques où cette question sera évoquée. On se bornera ici à une référence d'ordre général, à savoir une bibliographie qui a pour avantage d'opérer une mise en perspective historique et d'être narrative : G. Jarczyk et J.-P. Labarrière, « Cent cinquante années de "réception" hégélienne en France », *Genèses* 1990 (n° 2), pp. 109-130. Pour un aperçu rapide : B. Bourgeois, *Hegel*, Paris, Ellipses, 1998 (notamment pp. 5-34).

la démarche historique est, dans le domaine juridique au premier chef⁴⁶, la seule qui permette d'avoir une grille de lecture pouvant prétendre à l'objectivité, la seule qui permette une remise en ordre à la fois sémantique et conceptuelle. Suivre les linéaments de l'égalité tout au long de son histoire permet de clarifier, nous le verrons, bien des problèmes. Cette démarche historique est complétée par l'approche théorique, dont la nécessité nous est apparue à la suite d'un examen approfondi de la jurisprudence européenne : il nous a, en effet, semblé que cette dernière ne disposait pas d'un cadre conceptuel suffisamment clair et qu'il était alors indispensable de lui fournir une telle assise théorique.

Dès lors que les fondations du principe d'égalité ont bien été cernées, il devient alors aussi possible, d'une part, de rendre compte de façon précise de sa définition et de son application jurisprudentielle par les organes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme et, d'autre part, de proposer des réponses aux questions qui peuvent se poser sur ses contours exacts : ses contours actuels quand il s'agit, par exemple, de définir les limites du champ d'application ou de l'obligation de l'article 14 de la Convention ; ou ses contours futurs, quand il s'agit de déterminer la portée de l'article 1^{er} du Protocole n° 12, ou quand les notions d'obligation positive ou de discrimination positive viennent éprouver les limites du principe d'égalité garanti par le traité européen.

À propos des développements consacrés au droit positif, il est utile d'explicitier l'intention qui leur est sous-jacente : celle-ci consiste à cerner, de la façon la plus exacte possible, les éléments d'autonomie de la logique juridique à l'œuvre dans l'acte d'application de l'idée d'égalité, tant il est vrai que la clause de non-discrimination fait partie de ces normes où les limites entre l'acte de connaissance et l'acte de volonté, entre le juridique et le politique, sont reculées à l'extrême. En d'autres termes, il s'agit de sauver autant que possible l'autonomie de la logique juridique dans le processus de concrétisation du principe d'égalité. Si la clause de non-discrimination possède une très large portion de relativité – et peut-être même la plus grande de toutes les normes du système juridique – il n'en reste pas moins qu'il est primordial de préserver autant que possible, au sein de l'acte d'application de cette clause, la part de ce qui est "pré-orienté" (par rapport à ce qui ressortit à la décision discrétionnaire), de sauvegarder au maximum la part de ce qui, pour l'organe d'application, relève de l'indisponible (par rapport à ce dont il pourrait disposer librement).

⁴⁶ Comme le rapporte J.-F. Kervégan, pour N. Luhmann, « le droit, comme tout système opérationnellement clos, se produit et se transforme lui-même en "internalisant" tout ce qui, dans son environnement, ne serait, s'il n'était ainsi "codé", qu'un "bruit" dépourvu de signification. Reprenant le vocabulaire de l'un des fondateurs de la théorie des systèmes, Heinz von Foerster, Luhmann en conclut donc que le système juridique est une "machine complexe" [...] et il précise même qu'il s'agit en l'occurrence d'une "machine historique", puisque toute opération (édiction ou application d'une norme) transforme le système et modifie ainsi les conditions dans lesquelles des opérations ultérieures (y compris une autre application de la "même" norme) pourront avoir lieu » : J.-F. Kervégan, « Quel est le sens de "l'autonomie du droit" ? À propos du débat Habermas/Luhmann », in E. Renault et Y. Sintomer (dir.), *Où en est la théorie critique ?*, Paris, La Découverte, 2003 (pp. 135-152), p. 148.

Ceci étant posé, il est à présent possible d'aborder l'étude du principe d'égalité garanti par la Convention européenne des droits de l'homme du point de vue de son origine historique et de son fondement théorique, en premier lieu, de son interprétation et de ses méthodes d'application jurisprudentielles, en second lieu, et des questions que lui pose la recherche d'une égalité plus effective, en dernier lieu. Si l'on nous autorise ce clin d'œil respectivement adressé à Rousseau, Descartes et Comte, nos trois parties se présentent un peu chacune comme :

-

- un *Discours sur l'origine et les fondements de... l'égalité parmi les hommes*⁴⁷ (partie I)
- un *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison... en appliquant l'égalité*⁴⁸ (partie II)
- et un *Discours sur l'esprit positif... de l'égalité*⁴⁹ (partie III).

⁴⁷ J.-J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1755), Paris, Gallimard, 1965. Rappelons que ce texte fut écrit pour répondre à une question mise au concours par l'académie de Dijon : « Quelle est l'origine de l'inégalité des conditions parmi les hommes ? et si elle est autorisée par la loi naturelle ». De cet ouvrage, on retiendra la méthode rousseauiste qui, selon la formule célèbre, « commen[ce] par écarter tous les faits ». En effet, entreprendre une étude sur l'égalité en prenant comme point de départ l'argumentation échafaudée par les praticiens du droit eux-mêmes, c'est risquer de passer à côté des enjeux véritables de la signification et de l'application de la norme d'égalité. On suivra donc Rousseau dans sa démarche, consistant à aborder le problème qui lui est présenté en commençant par remonter à ses fondations premières.

⁴⁸ R. Descartes, *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences* (1637), Paris, Flammarion, 1966. Il est bien sûr inutile de présenter cette œuvre, qui compte parmi les plus fameuses de la philosophie. De cet ouvrage, on retiendra la démarche qui consiste à prendre conscience que si « le bon sens est la chose du monde la mieux partagée », selon une autre formule introductive célèbre, elle ne va pas très loin si elle n'est pas servie par une méthode. Tel est exactement le problème endémique dont souffre l'égalité : l'idée d'égalité est familière à chacun ; tout le monde en a une compréhension immédiate ou intuitive ; l'égalité se présente au premier abord de manière tellement simple qu'elle semble relever du « bon sens » ; or, la grande erreur serait de croire que l'on peut s'en contenter. L'intuition est complètement insuffisante si l'on veut rendre compte de la notion juridique d'égalité de façon cohérente et si l'on souhaite l'appliquer de façon correcte.

⁴⁹ A. Comte, *Discours sur l'esprit positif* (1844), Paris, Vrin, 1987. Ce texte est peut-être moins connu que les deux ouvrages susmentionnés : Comte y reprend sa fameuse loi des trois états (théologique, métaphysique et positif) qui gouverne, selon lui, l'intelligence humaine et réfléchit notamment sur les conditions de l'ordre et du progrès. Nous faisons ici un jeu de mot à propos de l'adjectif « positif », qui est censé évoquer la problématique de la dimension positive de l'égalité, dans laquelle se rangent la notion d'obligation positive visant à améliorer l'égalité et celle de discrimination positive, orientée vers le même but. Le parallèle avec l'ouvrage d'Auguste Comte reste pertinent compte tenu du fait que les mesures destinées à faire progresser l'égalité entrent en résonance avec l'idée de progrès qui leur est sous-jacente et avec l'idée que, dans le cadre de la Convention, il s'agit de questions dont la Cour pourra être saisie dans le futur.

Première partie

La définition fondamentale du principe d'égalité

Une compréhension foncière de l'égalité suppose de saisir celle-ci du point de vue, aussi bien de sa fondation historique, c'est-à-dire de son origine (titre 1), que de son assise théorique, autrement dit de ses fondements (titre 2).

Titre 1. Le fondement historique du principe d'égalité

La présentation de la protection de l'égalité par la doctrine internationaliste est pour ainsi dire "sans histoire", très largement tout du moins, comme si elle surgissait *ex nihilo* dans le champ du droit international, vierge de toute interprétation⁵⁰. C'est oublier qu'avant d'être reçue par le droit international, la protection juridique de l'égalité connaît une longue histoire en droit national. En Europe, l'histoire de l'égalité juridique s'ouvre avec la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789, date de sa première inscription dans un texte de droit positif.

La définition actuelle du principe d'égalité ne peut véritablement se comprendre qu'à la lumière de son histoire dans l'ordre juridique⁵¹ interne depuis la fin du XVIIIe siècle (Chapitre 1), puis de son accession progressive dans l'ordre juridique international durant tout le XIXe siècle par le biais des traités de minorités, enfin de sa réception définitive au travers de l'internationalisation des droits de l'homme au XXe siècle (Chapitre 2).

⁵⁰ Les monographies étudiant la discrimination en droit international se caractérisent souvent par un ultra-positivisme qui n'envisage la règle juridique internationale qu'à partir d'une perspective purement terminologique ou textuelle. Nous ne nions aucunement l'importance d'une interprétation grammaticale, mais la perspective historique que nous nous proposons de retracer dans les développements qui vont suivre permet de comprendre et d'élucider la presque totalité des problèmes terminologiques, qu'à foison, la matière renferme.

⁵¹ Pour une étude de la notion d'ordre juridique : Ch. Leben, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits* 2001, n° 33, pp. 19-39. Il convient de reprendre ici la définition de l'ordre juridique proposée par Ch. Leben : « On appelle ordre juridique l'ensemble, structuré en système, de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine » (p. 20) ; indiquons brièvement que, selon cet auteur, « l'examen des principales doctrines de l'ordre juridique permet d'opposer deux types d'analyse concernant la nature de cet ordre : les analyses normativistes qui considèrent que les éléments constitutifs de celui-ci sont exclusivement des normes et les analyses non normativistes pour lesquelles l'approche normativiste n'épuise pas phénomène de l'ordre juridique » (p. 21).

Chapitre 1. L'histoire de l'égalité dans l'ordre juridique interne

Commencer par retracer l'histoire de l'égalité dans l'ordre juridique interne à partir de la fin du XVIIIe siècle, c'est retrouver les fondements premiers et définitifs de l'égalité individuelle moderne que l'ordre juridique international va graduellement accueillir, c'est aussi pouvoir expliquer les nombreuses résistances opposées à sa pénétration au niveau international jusqu'à aujourd'hui encore.

Envisagée dans une perspective globale, l'histoire juridique de l'égalité reflète de façon paroxystique l'histoire de la conception des droits fondamentaux dans le cadre du libéralisme en Europe ; cela, en raison de ce que l'idée d'égalité possède un caractère éminemment abstrait qui en fait le réceptacle tout indiqué des grands courants qui ont traversé la doctrine juridique en la matière. Au niveau interne, il s'agit donc de l'histoire d'une égalité libérale qui est l'héritière des apports successifs du libéralisme classique né à la fin du XVIIIe siècle, puis du libéralisme "légaliste" à partir du milieu du XIXe et enfin du libéralisme contemporain, depuis le milieu du XXe siècle. C'est ce qui ressort de l'histoire comparée du principe d'égalité en France et en Allemagne, retracée par Olivier Jouanjan⁵² qui démontre que, dans le droit interne de ces deux pays, l'égalité juridique a traversé ces trois périodes qui sont chacune à l'origine d'un modèle interprétatif propre.

Parce que trop longtemps inenvisagée et encore beaucoup trop méconnue, il nous semble absolument indispensable de rappeler cette histoire de l'égalité dans l'ordre juridique interne des deux plus grandes et influentes traditions juridiques de l'Europe continentale. Car contrairement à d'autres domaines influencés par le droit anglo-saxon⁵³, la Cour européenne des droits de l'homme emploie, en matière d'égalité, une méthode d'application du principe de non-discrimination qui s'inscrit principalement dans cette tradition continentale et particulièrement germanique⁵⁴. On ne saurait comprendre de façon exacte le principe d'égalité autrement que par un retour sur son histoire commencée au niveau interne par la Révolution française, histoire que nous allons rapidement retracer en nous appuyant sur le travail

⁵² O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Économica, 1992.

⁵³ Pour un aperçu de la garantie du principe d'égalité en droit anglais : J. Schwarze, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, vol. I, pp. 591-593.

⁵⁴ Sur cette question de l'influence des jurisprudences constitutionnelles nationales sur la Cour européenne, notamment quant à l'interprétation de l'article 14 de la Convention : voir M.-A. Eissen, « L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in D. Rousseau et F. Sudre (dir.), *Conseil Constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, STH, 1990, pp. 137-160 ; notamment quant à l'article 14, p. 152 ; H. Mosler, « L'influence du droit national sur la Convention européenne des droits de l'homme », in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, tome 1, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1972, pp. 521-543.

d'Olivier Jouanjan. Celui-ci fournit une exceptionnelle grille de lecture des diverses interprétations traversées par ce principe. En conséquence, les développements qui vont suivre s'apparentent à un résumé – que nous espérons fidèle mais qui, par définition, demeure incomplet – de l'histoire du principe d'égalité, telle qu'elle a été décrite par Olivier Jouanjan. Bien que restant, pour une très grande partie, inspirés par les travaux de cet auteur, il faut néanmoins faire une place à part aux développements où nous dégageons les apports fondateurs de ce qu'il désigne comme le modèle classique de l'égalité, dans la mesure où il nous a paru important, pour ce qui nous concerne, de revenir sur cette période de genèse de l'égalité, afin justement d'en réinvestir ou d'en développer les principaux acquis. Par ailleurs, nous nous sommes surtout adossés aux travaux d'Olivier Jouanjan pour y adjoindre une analyse complémentaire, que nous donnerons en conclusion de chaque modèle interprétatif, consistant à examiner, à chaque fois, quel est le statut de la différence par rapport à la norme d'égalité. Ceci nous amènera à nuancer ou à reconsidérer partiellement le découpage qu'il propose, lequel reste néanmoins tout à fait pertinent pour constituer la trame des développements à venir. Nous exposerons donc la période classique d'abord (de 1789 à 1848), modèle fondateur de l'égalité libérale (section 1) ; la période restrictive ensuite (de 1849 à 1920/1945), modèle de la réduction de sa signification ou de son application (section 2), et, enfin, la période moderne (de 1920/1945 à nos jours), modèle de l'égalité proportionnelle, appliqué par la majorité des juridictions suprêmes européennes (section 3).

Section 1. Les apports fondateurs du modèle classique

Le modèle classique, c'est le modèle originaire légué par les révolutionnaires français de 1789⁵⁵ : il constitue la tradition libérale dominante jusque dans les années 1850 en France comme en Allemagne⁵⁶.

À tous points de vue, historique et conceptuel, l'interprétation classique est première : pour une grande partie, elle livre les fondations essentielles, structurelles et pérennes de l'égalité libérale. Elle donne le champ constitutif *ratione personae* de l'égalité, à savoir l'universalité des titulaires du droit (§ 1), ainsi que l'impératif fondamental qui en découle, à savoir l'universalité de l'obligation (§ 2), et fait apparaître qu'il y a à la base de toute égalité le postulat initial d'une identité de traitement (§ 3).

⁵⁵ Sur l'ensemble du sujet voir : S. Caporal, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la révolution française (1789-1799)*, Paris, Economica, 1988 (sur ce point notamment p. 32 *sqq.*).

⁵⁶ Sur le modèle libéral classique : O. Jouanjan, *op. cit.*, pp. 29-60.

§ 1. Le champ fondateur de l'égalité : l'universalité des personnes

« Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits »⁵⁷, la formulation retenue par l'Assemblée constituante lors de ce mois d'août 1789 reste un chef d'œuvre d'épure révolutionnaire⁵⁸. On sait combien cette phrase d'ouverture de l'article premier de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 marquera l'histoire⁵⁹. Deux siècles plus tard, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, signée dans le cadre Nations Unies, lui fait encore écho en commençant ainsi : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits »⁶⁰. On sait aussi combien cette formule est l'expression de l'individualisme universaliste des droits de l'homme. L'égalité doit se comprendre en son essence comme une égalité à la fois individuelle (A) et universelle (B).

A. Une égalité personnelle : une égalité entre individus

« Libres et égaux » : on ne saurait exprimer de façon plus synthétique les implications de l'individualisme propre à l'idéologie moderne que décrit Louis Dumont. Le « triomphe de l'individu »⁶¹ dans la Déclaration de 1789 est celui de l'idée d'égalité⁶² dont l'enracinement profond remonte au christianisme originel⁶³. L'enseignement christique et paulinien affirme la valeur infinie que chaque âme humaine reçoit de sa relation filiale à Dieu⁶⁴. Mesurée à cette

⁵⁷ L'article premier de la Déclaration de 1789 est presque (à un mot près) la copie de l'article premier de la Déclaration des droits du Massachusetts (mars 1780) qui commence ainsi : « Tous les hommes sont nés libres et égaux », cité dans *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. par S. Rials, Paris, Hachette, 1988, p. 513.

⁵⁸ Concernant notamment le style de la Déclaration : voir l'article, lui-même écrit avec beaucoup de style, de G. Gusdorf : « La France, pays des droits de l'homme... », *Droits* n° 8 (*La Déclaration de 1789*), 1988, pp. 23-31, et tout particulièrement à propos des « mérites incontestables du style » de la Déclaration : pp. 25-26.

⁵⁹ Comme le fait remarquer Louis Dumont, la Déclaration des droits de 1789 « avait été précédée de proclamations semblables dans plusieurs des États-Unis d'Amérique, mais elle fut la première à être prise comme fondement de la Constitution d'une grande nation, imposée à un monarque réticent par la manifestation populaire, et proposée en exemple à l'Europe et au monde [...] elle allait exercer une action puissante, en vérité irrésistible, tout au long du XIXe siècle et jusqu'à nos jours », *Essais sur l'individualisme – Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Seuil, 1983, p. 102.

⁶⁰ Déclaration universelle des droits de l'homme, 10 décembre 1948, article 1^{er} ; notamment in P. Rolland et P. Tavernier, *La protection internationale des droits de l'homme – Textes*, Que sais-je ?, Paris, PUF, 1989, p. 6.

⁶¹ L. Dumont, *Essais sur l'individualisme...*, *op. cit.*, p. 102.

⁶² L'égalité autant que la liberté : voir L. Dumont, *Homo aequalis, II (L'Idéologie allemande)*, Paris, Gallimard, 1991, p. 8.

⁶³ Celui-ci est caractérisé par un « individualisme absolu et universalisme absolu », comme le note Alain Renaut : « Dumont reprend à son compte la formule de Troeltsch, son guide principal en la matière (son grand ouvrage publié en 1911 étant *Les doctrines sociales des Églises et groupes chrétiens*) » ; A. Renaut, *L'ère de l'individu - Contribution à une histoire de la subjectivité*, Paris, Gallimard, 1989, p. 77, note 2.

⁶⁴ Ce qui fonde ainsi la fraternité : « Les chrétiens se rejoignent dans le Christ dont ils sont les membres », L. Dumont, *Essais sur l'individualisme...*, *op. cit.*, p. 40.

relation transcendante, la société telle qu'elle est, hiérarchisée, reste dévaluée. Ainsi cantonné au champ purement spirituel « hors du monde »⁶⁵, ce principe d'égalité absolue de chacun devant Dieu a pu se superposer pendant toute l'histoire du christianisme médiéval avec un principe hiérarchique, holiste, inégalitaire, régissant le champ de la réalité sociale. La genèse de l'individualisme moderne est l'histoire de la sécularisation de l'égalité chrétienne, de son inscription progressive « dans le monde »⁶⁶, son inscription triomphante enfin dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Sa source théorique, la doctrine jusnaturaliste « montre bien cette évolution : elle se rapporte d'abord à des individus faits à l'image de Dieu, puis à des individus dépositaires de la raison »⁶⁷ compris comme des êtres autonomes, indépendamment de toute attache sociale ou politique.

C'est là, on le sait, le cœur de l'individualisme moderne⁶⁸. À l'inverse de l'idéologie holiste qui « valorise la totalité sociale et néglige ou subordonne l'individu humain », l'idéologie individualiste « valorise l'individu [...] et néglige ou subordonne la totalité sociale »⁶⁹. « À cette idéologie correspond logiquement la société égalitaire, puisque, si l'individu comme tel est la valeur suprême, il ne peut être soumis à nul autre que lui-même, tout principe de hiérarchie se trouvant par là exclu au profit du principe d'égalité. C'est un tel individualisme qui constitue "la valeur cardinale des sociétés modernes", notamment dans le registre économique-politique où l'application du principe d'égalité prend la forme du libéralisme »⁷⁰.

Ce qui est proprement fascinant dans l'œuvre des Constituants, c'est de voir opérer en acte, avec cette radicalité révolutionnaire, le basculement de la vieille société holiste et hiérarchisée de l'Ancien régime vers la société libérale, individualiste et égalitaire, le "Régime moderne". La proclamation de l'égalité en 1789 doit donc se comprendre historiquement comme la consécration de l'abolition des privilèges⁷¹, de la hiérarchie basée sur les Ordres et les corps intermédiaires, et comme l'avènement de l'égalité personnelle : « Tous les citoyens étant égaux [aux] yeux [de la loi] », proclame l'article 6 de la

⁶⁵ *Ibid.*, p. 37.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 59.

⁶⁷ P. Wachsmann, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 2002, 4^e éd., p. 17. Voir aussi : S. Rials, « Les droits de l'homme – Ouverture : généalogie des droits de l'homme », *Droits* n° 2, 1985 (pp. 3-12), p. 4.

⁶⁸ Pour une présentation synthétique des principaux enjeux : A. Renaut, *L'individu – Réflexions sur la philosophie du sujet*, Paris, Hatier, 1995 (notamment pp. 18-28).

⁶⁹ L. Dumont, *Essais sur l'individualisme...*, *op. cit.*, pp. 263-264.

⁷⁰ A. Renaut, *L'ère de l'individu...*, *op. cit.*, p. 72. L'auteur donne une présentation synthétique de l'individualisme de L. Dumont et une analyse critique comme lecture unilatérale de la modernité : voir p. 69 *sqq.* et p. 79 *sqq.*

⁷¹ « Cette abolition est certes déjà consommée par le décret des 4-11 août [...] Mais dans la déclaration, épurée, l'égalité est portée à la hauteur d'un principe, et non pas seulement assurée sous la forme d'une simple norme législative » (O. Jouanjan, *op. cit.* p. 38). Sur l'influence du décret des 4-11 août 1789 sur l'affirmation du principe d'égalité dans le droit public voir aussi : S. Caporal, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la révolution française (1789-1799)*, *op. cit.*, pp. 30-32.

Déclaration⁷². Le préambule de la Constitution de 1791, qui synthétise le combat révolutionnaire mené jusqu'à cette date, est à cet égard éloquent ; il faut écouter sa litanie destructrice : « L'Assemblée nationale voulant établir la Constitution française sur les principes qu'elle vient de reconnaître et de déclarer, abolit irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits. – Il n'y a plus ni noblesse, ni pairie, ni distinctions héréditaires, ni distinctions d'ordres, ni régime féodal, ni justices patrimoniales [...] ni aucun ordre de chevalerie, ni aucune des corporations ou décorations, pour lesquelles on exigeait des preuves de noblesse, ou qui supposaient des distinctions de naissance, ni aucune autre supériorité, que celle des fonctionnaires publics dans l'exercice de leur fonctions. – Il n'y a plus ni vénalité, ni hérédité d'aucun office public. – Il n'y a plus, pour aucune partie de la Nation, ni pour aucun individu, aucun privilège, ni exception au droit commun de tous les Français. – Il n'y a plus ni jurandes, ni corporations de professions, arts et métiers... »⁷³. L'égalité libérale est donc intrinsèquement une égalité individuelle.

Dans sa période du libéralisme classique, ce modèle de l'égalité personnelle, « c'est le modèle du pur individualisme juridique : la valeur de l'individu précède et a préséance sur l'organisme politique qu'est l'État [...] L'individu ne saurait être réduit sous aucun point de vue, par le droit, à son appartenance à un groupe social déterminé »⁷⁴, il prime toute appartenance sociale.

L'acquis fondateur et définitif de l'égalité libérale, c'est de situer l'égalité au niveau des individus : l'égalité qualifie les rapports entre individus. Il faut y insister : seuls les individus sont "égaux". En conséquence, le contrôle du respect de l'égalité s'apprécie *in fine* au niveau individuel. Énoncé de manière aphoristique : les titulaires de l'égalité sont les individus, tous les individus⁷⁵ ; l'égalité entre chacun est aussi une égalité entre tous.

⁷² L'article 6 se lit dans son intégralité comme suit : « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents », in Ch. Fauré (éd.), *Les déclarations des droits de l'homme de 1789*, Paris, Payot, 1988, p. 12 ou L. Jaume (dir.), *Les déclarations des droits de l'homme : du débat 1789-1793 au préambule de 1946*, Paris, Flammarion, 1989, pp. 13-14. Sur l'article 6, voir aussi : S. Caporal, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la révolution française (1789-1799)*, op. cit., pp. 35-37.

⁷³ In S. Rials (éd.), *Textes constitutionnels français*, Paris, PUF, 1982, 1^{ère} éd., p. 6.

⁷⁴ O. Jouanjan, *op. cit.*, p. 123.

⁷⁵ « Si l'on peut dire que tous les hommes sont égaux, à l'inverse tous les égaux sont des hommes » note avec justesse le doyen Vedel ; G. Vedel, « L'égalité », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines – sa pérennité*, Paris, La documentation française, 1990, p. 173.

B. Une égalité universelle : une égalité entre tous les individus

Au pur individualisme s'ajoute un pur universalisme. L'égalité libérale est en son essence une égalité universelle. Poser l'égalité juridique entre tous les individus de l'ordre juridique : voilà l'autre fondation irrévocable que nous lègue la tradition classique ouverte par les Déclarations des droits.

Pour les déclarateurs, héritiers de la pensée jusrationnaliste transmise par les philosophes des Lumières, le postulat de l'universalité de la nature humaine fonde symétriquement l'universalité de vocation à la liberté. L'identité universelle de la nature humaine établit une identité universelle de prétention à la liberté. « Les hommes », c'est-à-dire tous les hommes, sont et doivent être (libres et) égaux. Dans la philosophie révolutionnaire, l'universalisme jusnaturaliste⁷⁶ à l'adresse de l'humanité dans sa globalité (article 1 de la Déclaration), se réduit⁷⁷ en société⁷⁸ à l'universalisme positif à l'adresse de la totalité des citoyens qui la composent (article 6 de la Déclaration). « Tous les citoyens [sont] égaux [aux] yeux [de la loi] » énonce en substance l'article 6 de la Déclaration. En d'autres termes, la prétention morale, de droit naturel, à concerner tous les hommes se réduit dans une obligation juridique, de droit positif, qui s'applique à tous les membres d'un ordre juridique contextualisé. À l'intérieur de cette société, une seule inégalité juridique est une rupture d'égalité à l'égard de tous les sujets de l'ordre juridique. Le révolutionnaire Boislandry résume parfaitement cette idée : « les privilèges exclusifs sont contraires à la liberté et aux droits de *tous* les citoyens »⁷⁹.

À ce stade, l'enseignement principal à retenir est le suivant : le champ des titulaires de l'égalité s'étend, dans un ordre juridique donné, à l'universalité c'est-à-dire à la totalité des

⁷⁶ Voir – entre de nombreuses autres – la formulation caractéristique proposée par M. de Boislandry : « Tous les hommes sont libres, et égaux par leur nature », in Ch. Fauré (éd.) *Les Déclarations...*, *op. cit.*, p. 264.

⁷⁷ Selon Ch. Fauré : « L'affirmation répétitive de cette totalité ne correspondait pas chez les constituants à une amplification démesurée de leur mission ; elle révélait la conviction d'une continuité non problématique entre l'état de nature et société civile », *ibid.*, p. 20. Comme le précise P. Wachsmann, « le droit positif ne renvoie pas au droit naturel comme à un ordre distinct de lui auquel il se subordonnerait ; au contraire, il se charge d'énoncer quels sont les droits naturels dont la conservation forme le but de l'association politique. L'effet de cette énonciation est évidemment d'absorber ces droits naturels dans le droit positif : comme le roi Midas transformait en or tout ce qu'il touchait, le droit positif intègre les droits "naturels" qu'il reconnaît » ; P. Wachsmann, « Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des Droits de l'homme de 1789 », *Droits* n° 2, 1985, (pp. 13-22) p. 17.

⁷⁸ En l'occurrence la société française, « le peuple français » selon la terminologie du préambule. Sur les rapports entre la notion de citoyenneté et celle d'universalité : voir notamment C. Bruschi, « Citoyenneté et universalité », in J. Imbert *et alii* (dir.), *Les principes de 1789*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, pp. 151-178.

⁷⁹ Tel est le contenu de l'article 14 de son projet intitulé : « Divers articles proposés pour entrer dans la Déclaration des droits », in Ch. Fauré (éd.), *op. cit.*, p. 264 ; c'est nous qui soulignons en italique. Ajoutons encore la formulation outrancière - mais ô combien révélatrice de l'ordre libéral - de Marat, qui qualifie l'individu privilégié de « monstre dans l'ordre public » ; *ibid.*, p. 21.

sujets de droit qui le composent. Après avoir dégagé qui sont les titulaires de l'égalité, reste à déterminer à quoi oblige l'égalité.

§ 2. L'obligation fondatrice de l'égalité : l'universalité du traitement

Qualifier l'égalité d'universelle, dans la tradition classique, ce n'est pas seulement alléguer que l'égalité porte sur la totalité des personnes, c'est aussi prétendre qu'elle implique une identité de traitement pour tous, autrement dit qu'elle oblige à un droit identique pour tous : des droits et des lois identiques pour tous⁸⁰.

A. L'universalité des droits : des droits universellement identiques

Cette égalité entre tous oblige le législateur à accorder à tous les mêmes droits, tous les droits. Ainsi, Sieyès explique que « deux hommes, étant également hommes, ont, à un égal degré, *tous* les droits qui découlent de la nature humaine »⁸¹ ; ou encore pour Thouret : « Tous ont donc le même droit à tous les avantages qui font l'objet du pacte social »⁸². Ces avantages sont principalement les droits et libertés proclamés, de sorte que les hommes sont et doivent d'abord être « égaux en droits » selon les termes de l'article premier de la Déclaration de 1789.

⁸⁰ Sur cette idée d'une égalité comprise comme « un droit à l'égalité des droits » et à « l'universalité de la loi » : O. Jouanjan, *op. cit.*, pp. 44-46.

⁸¹ C'est nous qui soulignons en italique ; extrait du discours de l'Abbé Sieyès intitulé « Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen » lu les 20 et 21 juillet 1789 au Comité de Constitution. Sieyès ajoute immédiatement : « Ainsi tout homme est propriétaire de sa personne ou nul ne l'est. Tout homme a le droit de disposer de ses moyens, ou nul n'a ce droit » *in* Ch. Fauré (éd.), *op. cit.*, p. 93. « Nul homme n'est plus libre qu'un autre » affirme l'article 20 du second projet de Sieyès.

⁸² Extrait du « Projet de Déclaration des droits de l'homme en société », *in* Ch. Fauré (éd.), *op. cit.*, pp. 150-153. Le projet de déclaration de l'avocat et député de Rouen Jacques-Guillaume Thouret nous paraît particulièrement caractéristique et synthétique de la conception révolutionnaire de l'égalité. Après avoir traité du « droit de liberté personnelle » et du « droit de propriété », il aborde le « droit d'égalité civile » : « (Art. XVII) Les hommes sont égaux en droits naturels. Dans l'état de société, ils doivent l'être de même en droits sociaux et civils. Cette égalité est le troisième des biens et des droits de l'homme citoyen. (Art. XVIII) L'égalité civile est fondée sur ce qu'aucun citoyen ne peut être plus ou moins citoyen qu'un autre : tous ont donc le même droit à tous les avantages qui font l'objet du pacte social. (Art. XIX) Tous peuvent être admis également à toutes les places, charges et fonctions publiques, sans aucune autre distinction que celles de leurs talents, et de leur capacité. (Art. XX) Réciproquement tous doivent supporter avec égalité toutes les charges de l'établissement social. La contribution aux impôts doit être la même entre tous les citoyens de toutes les classes, et quant à la quotité, et quant au mode de répartition et de perception. (Art. XXII) Tous les citoyens sont parfaitement égaux devant la loi. Elle les oblige tous de la même manière ; et tous ont le même droit à sa protection » ; *ibid.*

L'obligation première de l'égalité libérale, c'est l'égalité des droits ou plus exactement l'identité des droits. Le devoir-être fondateur et fondamental de l'égalité, c'est de commander de distribuer tous les droits à tous les citoyens, d'accorder à tous les mêmes libertés. Plus précisément qu'un droit égal à la liberté, c'est un droit à une identique liberté. Tous doivent avoir les mêmes droits, tous doivent bénéficier de droits identiques.

Une conception aussi absolue de l'égalité est permise par le rationalisme abstrait, propre au discours juridique des déclarateurs, qui décrit un homme abstrait de toute détermination. On est ici au cœur de l'idéal révolutionnaire de fusion de l'égalité et de la liberté qu'a décrit Tocqueville⁸³.

B. L'universalité de la loi : une loi universellement identique

C'est l'article 6 de la déclaration de 1789 qui définit ce que l'égalité impose à la loi : « Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux... »⁸⁴. De la même manière que « l'égalité en droits » impose l'universalité des droits, « l'égalité aux yeux de la loi » c'est-à-dire "devant la loi" impose l'universalité de la loi. C'est une seule et même égalité⁸⁵ : aux yeux de la Déclaration elle exige des droits identiques pour tous, aux yeux de la loi elle exige une loi identique pour tous. Plus encore, ce qu'explique Olivier Jouanjan, « cette universalisation des droits et devoirs est l'œuvre même [...] des lois »⁸⁶, comprises comme des règles qui s'adressent à la totalité du corps social. L'obligation d'universalité qui doit caractériser la loi, voilà le contenu normatif propre de l'égalité devant la loi par laquelle s'opère l'égalité des droits.

Les droits spéciaux d'égalité, explicitement mentionnés dans la Déclaration, tels que l'égalité admissibilité aux emplois publics (dernier alinéa de l'article 6) ou l'égalité devant

⁸³ A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Garnier-Flammarion, 1981, tome II (1840), deuxième Partie, Chap. 1, p. 119.

⁸⁴ L'article 6 dans son intégralité est reproduit en note 72 p. 41 ; ou bien voir Ch. Fauré (éd.), *op. cit.*, p. 12. Là aussi la formulation du projet de Thouret est remarquablement caractéristique : « Tous les citoyens sont parfaitement égaux devant la loi. Elle les oblige tous de la même manière ; et tous ont le même droit à sa protection » (Art. XXII) ; *ibid.*, p. 154.

⁸⁵ Il y a donc une continuité logique entre l'article premier et l'article 6. En effet, être égaux « aux yeux » de la loi ou, ce qui revient au même, être égaux « devant » la loi, c'est d'abord être égaux devant la première des "lois" posée par les révolutionnaires, la "Loi" des lois, au sens de principe des lois, c'est-à-dire la Déclaration elle-même. Pour dire les choses de façon quelque peu anachronique : de l'égalité aux yeux/devant la "Loi fondamentale" découle l'égalité aux yeux/devant la "loi ordinaire". Égaux devant la Déclaration ou égaux devant la loi, il s'agit d'une seule et même égalité. Avant la loi (ordinaire), l'égalité oblige à l'identité des droits pour tous, au moment de légiférer - parce que lexicalement avant et au-dessus de la loi - l'égalité contraint la loi. Quel est le contenu de cette contrainte ? L'identité de la loi pour tous. Comme le fait remarquer P. Rolland « le caractère égal de la loi [...] n'est que l'extension du principe de l'égalité liberté » ; P. Rolland, *La protection des libertés en France*, Paris Dalloz, 1995, p. 25.

⁸⁶ O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, p. 45.

l'impôt (article 13) sont des expressions particulières d'un principe plus général. En effet, en tant qu'ils fixent l'universalité du traitement sur un objet précis, ces principes spéciaux d'égalité ne font rien d'autre que réaliser l'obligation du principe général d'égalité qui exige l'universalité de la loi. Pour autant, le principe général d'égalité devant la loi ne s'épuise pas dans ces concrétisations particulières, il conserve une normativité propre qui déborde les principes spéciaux d'égalité, à savoir justement l'impératif d'universalité de la loi.

« Cette autonomie normative est certes limitée en 1789 par le caractère général d'une déclaration qui n'est pas une "loi", mais qui a valeur supra-législative sans qu'existent les moyens d'en assurer l'efficacité. Cependant même limitée, l'égalité n'en existe pas moins. L'égalité pèse sur la loi⁸⁷ et lui impose d'accorder à tous les mêmes droits et de leur imposer les mêmes charges »⁸⁸. « Elle demeure formelle, en ce sens que même si elle s'impose dans la loi, elle ne s'y impose que par le caractère d'universalité que celle-ci doit revêtir. "Universalité", plus que "généralité" : la loi doit être la même pour l'universalité des citoyens, et non pas seulement générale. Générale, la loi doit toujours seulement considérer "les sujets en corps", pour reprendre la formule de Rousseau, ce qui n'interdit pas la création [d'] espaces de privilèges [...] C'est toute loi "particulière", même "générale", qui devient contraire à l'égalité »⁸⁹. Voilà, selon les termes de la démonstration d'Olivier Jouanjan, les

⁸⁷ En ce sens : Ch. Starck, « L'égalité en tant que mesure du droit, problèmes d'application du principe d'égalité », in Ch. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984 (pp. 179-199), p. 82. En effet, l'égalité devant la loi ne pouvait constituer qu'un impératif adressé au législateur lui-même : « à qui d'autre, s'il s'agit d'établir une égalité juridique, dès lors que dans l'idéologie révolutionnaire les organes d'application de la loi ne sont que les bouches de la loi ? » ; O. Jouanjan, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits*, n° 16, 1992, p. 134 (cité par la suite « Réflexions... »).

⁸⁸ O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, op. cit., p. 46. Autrement dit, le droit à l'égalité des droits se concrétise dans l'obligation d'universalité que doit prendre la loi. Sur Rousseau : Griffin-Collart E., « L'égalité : condition de l'égalité sociale pour J.-J. Rousseau », in H. Buch, P. Foriers, Ch. Perelman (dir.), *L'égalité*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1971, pp. 258-271 ; G. Bacot, « Rousseau et l'établissement de l'égalité », in Koubi G. et Guglielmi G. J. (dir.), *L'égalité des chances – Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La découverte, 2000, pp. 13-23.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 67. La démonstration d'Olivier Jouanjan vise à dégager l'autonomie normative de l'égalité "nue", l'égalité en général, l'égalité devant la loi, l'égalité en tant que principe général, par-delà les hypothèses où elle se concrétise dans un objet explicité, c'est-à-dire des principes spéciaux d'égalité. Dans sa période classique, le contenu de cette autonomie normative consiste justement à obliger de statuer par une loi uniforme pour l'universalité des citoyens (*ibid.*, pp. 44-46). Par ailleurs, il ajoute qu'« il résulte du monopole normatif établi au profit des lois que cette égalité "formelle" n'a pas de valeur au niveau de l'application de la loi (ou de la norme générale). Ainsi abstraite, l'égalité ne trouve pas de lieu problématique dans l'application de la loi. Sa concrétisation ne saurait être considérée que comme l'effet logique de l'application mécanique de lois précises » (*ibid.*, p. 46) ; « l'application des règles générales n'ouvrant à l'époque, aucune porte à l'interprétation, il ne saurait en principe apparaître de problème d'égalité dans l'application de la loi » (*ibid.*, p. 45). Une recherche sur la notion d'universalité de la loi (et son glissement vers celui de généralité de la loi) chez Rousseau serait sans doute très intéressante, mais aussi chez Kant ; une piste de réflexion pourrait éventuellement être trouvée chez J. Habermas lorsqu'il fait la remarque suivante : « à vrai dire Kant lui-même a contribué à favoriser la confusion qui sera bientôt faite entre deux significations tout à fait différentes de l'"universalité" de la loi ; en effet, à l'universalité procédurale qui distingue une loi démocratiquement adoptée en tant qu'expression de la "volonté générale", s'est substituée l'universalité sémantique » ; « cette confusion entre universalité procédurale et universalité sémantique de la loi parlementaire a entraîné une illusion sur la véritable problématique de l'application du droit » ; J. Habermas, *Droit et morale, Tanner lectures (1986)*, Ch. Bouchindhomme et R. Rochlitz (trad.), Paris, Seuil, 1997, pp. 88-89.

principaux traits de l'égalité en 1789, modèle originel que perpétuera la tradition classique du libéralisme jusqu'en 1848, en France comme en Allemagne.

En effet, c'est ce modèle de l'égalité dont va hériter le constitutionnalisme allemand de la première moitié du XIXe siècle⁹⁰. Cette réception sera progressive, en deux temps. Dans une première phase, celle des débuts du constitutionnalisme (constituée par les deux vagues constitutionnelles de 1815/1820 et 1830), les catalogues des droits fondamentaux des États allemands énoncent une égalité marquée par la Révolution française, mais d'une manière bien moins radicale, ces constitutions étant issues d'un compromis monarcho-libéral⁹¹. De fait, l'égalité y est restreinte à certains objets précis⁹² recoupant les revendications élémentaires du libéralisme de l'époque : l'égalité devant les charges publiques, les emplois publics, ou encore l'armée et la justice. Il faut attendre la deuxième phase du constitutionnalisme allemand, ouverte par la Révolution libérale de 1848, et le catalogue des droits fondamentaux de l'Assemblée nationale de Francfort pour enfin trouver le principe d'une égalité juridique générale et autonome qui accomplit une abolition générale des ordres et privilèges⁹³. C'est le paragraphe 137 de la Constitution allemande de 1849 qui proclame « les Allemands sont égaux devant la loi » et ajoute qu'il n'existe « aucune différence entre les états »⁹⁴. Bien que relevant quelques changements dans la conception du principe d'égalité, Olivier Jouanjan note toutefois que « dès lors que l'égalité est liée à l'abolition des privilèges, qu'elle y substitue l'individualisme libéral, l'ensemble des modifications de 1848 doit être davantage compris comme un approfondissement de 1789 »⁹⁵. Cet apogée allemand de l'égalité libérale classique fut cependant de courte durée, la période réactionnaire qui allait suivre se caractérisera par une interprétation restrictive de l'égalité.

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 46-59. Alors que la première phase, issue du Congrès de Vienne, touche essentiellement les États du Sud de l'Allemagne, la seconde touche les États de l'Allemagne du Nord et l'Allemagne moyenne ; le catalogue des droits fondamentaux de l'Assemblée nationale de Francfort, suite à la révolte sociale de 1848, en constitue l'apogée. Voir aussi : J. Schwarze, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, vol. I, p. 577.

⁹¹ « Les restrictions évidentes que subit l'égalité par rapport à celle proclamée en 1789 en France, s'expliquent largement par le visage de compromis que revêt en Allemagne le constitutionnalisme de la première moitié du XIXe siècle : la revendication libérale et nationale, largement inspirée par le jusnaturalisme et l'idée d'un droit précédant l'État se heurte sans pouvoir la dépasser à la pression des états et des ordres sur lesquels s'appuie la royauté ou qui, au contraire, la musèlent dans ses velléités réformatrices » ; O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, p. 52.

⁹² « À la différence de 1789, aucune de ces constitutions n'accomplit l'abolition générale des privilèges » ; *ibid.*

⁹³ Cette deuxième vague touche cette fois les États de l'Allemagne du Nord et l'Allemagne moyenne.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 56.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 53 *sqq.* Le premier approfondissement va dans le sens d'une autonomisation du principe d'égalité. De façon beaucoup plus nette qu'en 1789, il déborde clairement les principes spéciaux d'égalité devant les charges et emplois publics qui ne sont que des concrétisations parmi d'autres. Le deuxième approfondissement que traduisent les débats de l'Assemblée, c'est le souci d'éviter une formule aussi rigide et définitive que « la loi est la même pour tous » ; ce qui se traduit, dans l'œuvre du très influent juriste du Parlement de Francfort, Robert von Mohl, par un léger glissement de sens, au terme duquel on pourrait dire que l'égalité ne se réalise plus tant par un contenu universellement le même pour tous que par une validité universellement la même pour tous : voir *infra*, p. 53.

L'essentiel est pourtant acquis : les fondements d'une égalité moderne ont été lancés en Europe, l'Allemagne en est la parfaite illustration. La propagation de l'égalité libérale en Europe s'est faite d'autant plus rapidement qu'elle a été exportée par les conquêtes napoléoniennes comme ce fut notamment le cas pour l'Allemagne.

§ 3. Conclusion sur le moment classique de l'égalité : le moment où l'identique exclut le différent

Les fondements non négociables de l'égalité libérale que nous lègue le modèle classique inauguré par la Révolution française sont les suivants. Premièrement l'égalité est invariablement individuelle. L'égalité a pour uniques titulaires les personnes ; les seuls égaux sont les individus. Deuxièmement, l'égalité est invariablement universelle. L'égalité est une égalité entre tous ; toutes les personnes sont égales entre elles. Troisièmement, l'égalité est d'abord absolue. Il y a, à la base de l'égalité, le postulat fondateur d'une identité de traitement. Dans la relation d'identité, les termes de la relation sont interchangeables jusqu'à pouvoir fusionner en une seule unité. Aux yeux de révolutionnaires français, tous les citoyens sont rigoureusement identiques. Dès lors, respecter cette identité, c'est traiter les citoyens de façon strictement identique. L'universalité du traitement est alors un traitement dont le contenu est identique pour tous. Dans la tradition révolutionnaire, l'égalité est absolue de part en part, elle commence et s'achève dans un principe d'identité au stade duquel elle reste entièrement. Cela se conçoit aisément, un tel modèle est difficilement applicable à la totalité d'une législation, ce à quoi il prétendait pourtant de manière largement idéaliste ; voilà pourquoi il sera inévitablement appelé à être dépassé, mais beaucoup plus tard, ce qui prouve la force de la tradition révolutionnaire. Ce qu'il convient d'en conserver, c'est que l'égalité comporte une part d'absolue, de rigoureuse identité, elle commence par une égalité absolue, mais ne s'y épuise pas. Sous sa figure classique, l'égalité ne s'est pour ainsi dire pas encore élevée jusqu'à la hauteur pleine et totale du concept d'égalité dont elle pose les fondements.

Ce caractère inflexible du principe d'égalité dans la tradition classique explique que l'idée de différence est refoulée hors du droit et rejetée dans le domaine privé. Dans la sphère régie par le droit, le traitement est idéalement uniforme pour tous : aucune place n'existe pour la différence.

Section 2. Les impasses des modèles restrictifs

L'histoire de l'égalité juridique en Europe amorce dès les années 1850 un tournant restrictif⁹⁶. Celui-ci « s'inscrit en fait dans le cadre d'un mouvement doctrinal plus vaste, celui du dégonflement progressif, à partir du milieu du XIXe siècle, de la théorie des droits fondamentaux au profit de la souveraineté du législateur. C'est le moment fondamental de transition de l'État de droit classique, dans la tradition du droit naturel rationaliste, à l'État légal »⁹⁷.

Ce basculement de l'Europe, du libéralisme classique de la souveraineté limitée vers le libéralisme légaliste de la souveraineté parlementaire, rejaillit directement sur la signification normative de l'idée d'égalité. Celle-ci se réduit alors grossièrement dans l'idée de légalité⁹⁸, soit pour se limiter à la seule application de la loi (§ 1), soit pour se confondre avec l'idée de généralité de la loi (§ 2), laissant d'importantes possibilités de différenciation largement incontrôlées (§ 3).

Dans les deux cas, c'est forcer le sens originaire hérité de la tradition classique, qui voyait dans l'égalité un droit individuel de rang supra-législatif imposant une loi universelle et non pas simplement générale.

⁹⁶ Sur cette idée de diminution du sens originaire : Ch. Starck, « L'égalité en tant que mesure du droit, problèmes d'application du principe d'égalité », in Ch. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 182-183. Ch. Stark précise, en effet, que « l'importance d'un postulat d'égalité universel déterminant la loi elle-même diminue. L'exigence d'égalité se développa de plus en plus en une exigence d'égalité dans l'application du droit par l'administration et les tribunaux » (*ibid.*, p. 183). De façon plus approfondie sur cette question (complexe) des différents modèles restrictifs de l'interprétation de la règle d'égalité devant la loi : O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, pp. 61-92.

⁹⁷ O. Jouanjan, « Réflexions... », *op. cit.*, p. 134.

⁹⁸ M. Garcia résume très bien cette évolution lorsqu'il fait observer que « le principe de l'égalité [est] devenu une pure exigence de la généralité de la loi, en se dégradant ensuite en principe de priorité de la loi » : M. Garcia, « Principe de l'égalité : de l'uniformité à la différenciation ou l'interminable histoire de Caïn et Abel, deux frères marqués par la différence », *REDP* 1999, vol. 11, n° 2 (n° spécial : *Le principe d'égalité*, pp. 419-440), p. 421. Le terme de "légalité", nous le reconnaissons, est un raccourci rapide qui ne rend pas entièrement justice à l'interprétation restrictive d'une partie de la doctrine allemande qui, nous le verrons, est emmenée par Anschütz (voir *infra* p. 51 et p. 58). Cependant, elle ne nous paraît pas pervertir trop le compte rendu de cette période restrictive car l'interprétation d'Anschütz y correspond dans une certaine mesure puisqu'il ne donne effet à sa définition de l'égalité devant la loi que dans l'application de celle-ci.

§ 1. L'impasse de l'égalité dans la seule application de la loi

D'une manière générale, l'interprétation restrictive provient d'une perte progressive de juridicité du principe d'égalité. La conséquence ultime d'une telle évolution en France et en Allemagne a été de libérer le législateur du principe d'égalité. En France, la perte de juridicité du principe d'égalité peut se résumer de la façon suivante : elle consiste progressivement à ne plus voir dans l'égalité un contenu de signification suffisant pour constituer une norme. C'est l'œuvre de M. Hauriou qui, de ce côté-ci du Rhin, donnera son expression la plus aboutie à cette évolution restrictive. En Allemagne, en revanche, l'affaiblissement de la juridicité du principe d'égalité provient, non pas de l'absence de signification intrinsèque de l'égalité, mais du refus de la doctrine dominante⁹⁹ de lui accorder un rang supérieur à la loi. C'est G. Anschütz qui dans ses commentaires de la Constitution prussienne de 1850 et de la Constitution de Weimar de 1919 exprimera cette interprétation "restrictive" de l'égalité.

Mais dans les deux cas, le résultat est le même : le principe d'égalité ne s'impose pas au législateur. Rétrospectivement, la question de savoir si le principe d'égalité s'impose au législateur nous semble aujourd'hui partiellement close. En effet, la généralisation – dans la grande majorité des États européens – du contrôle de constitutionnalité de la loi au regard des catalogues de droits fondamentaux et notamment à l'égard de la clause d'égalité, ainsi que son internationalisation, par le biais des conventions internationales de protection des droits de l'homme ou des traités communautaires, mettent définitivement fin à l'idée d'une absolue souveraineté parlementaire et, par là même, à l'idée que l'égalité ne saurait s'imposer à la loi votée par un Parlement. Aussi cette question de la valeur supra-législative de l'égalité ne nous retiendra pas plus que nécessaire.

En France, le passage d'une égalité supra-légale à l'égalité infra-légale ne s'est pas opéré d'un seul coup. « Une tradition aussi forte que la tradition libérale ne disparaît pas, elle s'effrite petit à petit sous le coup des réalités constitutionnelles. Elle se perpétue, en quelque sorte, vaille que vaille. Le symptôme de cet effritement, c'est la tendance de plus en plus grande à ne traiter de l'égalité civile ou devant la loi, non plus sous la forme d'un exposé général, souvent de portée plus philosophique que juridique au sens positif du mot, mais par une monotone énumération des lois positives qui consacrent ou assurent, dans un domaine spécifique, cette égalité »¹⁰⁰. L'érosion progressive de la tradition classique chez les juristes

⁹⁹ D'une manière générale se reporter aux contributions de C. Argyriadis-Kervégan, O. Beaud, C. Grewe, C. Gusy, C.-M. Herrera, J. Hummel, O. Jouanjan, J.-F. Kervégan, M. La Torre, W. Pauly, O. Pfersmann, C. Schönberger, M. Stolleis, N. Waszek, T. Würtenberger et W. Zimmer in O. Jouanjan (dir.), *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001 ; voir aussi O. Beaud et P. Wachsmann, *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1997.

¹⁰⁰ O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, op. cit., p. 67. Les juristes qu'il passe en revue pour arriver à un tel constat sont en France : Foucart, *Éléments de droit public et administratif*, 1843, 3^e

de la deuxième moitié du XIXe siècle se manifeste donc par une perte de juridicité du principe d'égalité qu'il faut inscrire dans le mouvement plus large d'effacement de l'ensemble des principes de 1789 face à l'affirmation croissante de la souveraineté du législateur. L'obligation pesant sur le pouvoir législatif de respecter les droits fondamentaux s'estompe en France comme en Allemagne. Née à la fin du XIXe siècle, la théorie de la souveraineté parlementaire culmine pendant le premier tiers du XXe siècle, et avec elle la doctrine restrictive de l'égalité.

Chez Esmein¹⁰¹, l'égalité oblige certes encore à l'universalité de la loi, mais s'enferme dans le paradoxe d'un droit individuel qui ne peut s'exercer que si une loi procède à une réglementation de ce droit, sans laquelle elle reste une simple promesse.

Carré de Malberg¹⁰² « radicalise les positions encore ambiguës ou paradoxales d'Esmein »¹⁰³. Il évacue l'égalité devant la loi en dehors du champ juridique puisque l'ensemble de la Déclaration de 1789 est incapable de former un droit véritablement positif. Plus encore, ce que montre parfaitement Olivier Jouanjan, cette réduction de l'égalité à une simple « recommandation politique »¹⁰⁴ est nécessaire pour asseoir sa conception organique et formelle de la loi. Celle-ci ne peut dès lors plus être comprise comme devant revêtir « l'universalité, ou dans sa version atténuée, la généralité »¹⁰⁵. Autrement dit, la loi n'est plus comprise selon la définition classique qui prévalait jusque-là, à savoir la définition matérielle de généralité de la loi à laquelle l'égalité était indissociablement liée. L'idée d'une obligation qui pèserait au-dessus de la loi décline de plus en plus, la réalisation de l'égalité juridique reste à la discrétion de la volonté souveraine du législateur.

C'est paradoxalement M. Hauriou¹⁰⁶ qui, en France, achèvera d'ôter à l'égalité toute autonomie normative. Pour le doyen de la faculté de Toulouse, la non-applicabilité de l'égalité ne provient pas d'un défaut général d'efficacité des principes de 1789, mais de l'absence d'efficacité juridique de la seule clause d'égalité qui n'est qu'un principe objectif :

éd. ; Serrigny, *Traité du droit public des Français*, 1846, tome 1 ; Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 1885, 3^e éd. ; Ducrocq, *Cours de droit administratif*, Paris, 1898, 7^e éd., tome III ; Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 1885 ; Jouet, *De l'évolution de l'idée d'égalité dans le droit public français*, Paris, 1909.

¹⁰¹ A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, 1896, 1^e éd., présenté par D. Chagnollaude, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2001. Pour l'analyse de la position d'Esmein : O. Jouanjan, *op. cit.*, pp. 69-71.

¹⁰² R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, réimp., Paris, Economica, 1984 ; *idem*, *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, tome 1, 1920, réimpression, éd. du CNRS, 1962, p. 290. Pour l'analyse de la position de Carré de Malberg : O. Jouanjan, *op. cit.*, pp. 71-74.

¹⁰³ O. Jouanjan, *op. cit.*, p. 71.

¹⁰⁴ Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, tome 1, p. 298.

¹⁰⁵ O. Jouanjan, *op. cit.*, p. 71.

¹⁰⁶ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, 2e éd. Pour l'analyse de la position du doyen de Toulouse : O. Jouanjan, *op. cit.*, pp. 76-79.

selon lui, « ce n'est pas un droit individuel organisé en lui-même »¹⁰⁷. Olivier Jouanjan fait remarquer à juste titre que « le particularisme de l'égalité qui se manifeste ainsi met en route une tradition qui domine encore aujourd'hui assez largement la doctrine française : celle de la séparation ontologique entre l'égalité et les libertés. Séparation que l'on peut résumer ainsi : du point de vue de leur être juridique, les libertés seraient des droits individuels, voire des "droits publics subjectifs" ; un tel caractère subjectif manquerait par nature à l'égalité, qui ne serait qu'une règle objective »¹⁰⁸. Il s'ensuit que cette objectivité n'apparaît ou ne se manifeste qu'après le vote de la loi, elle n'est en définitive qu'une conséquence de la généralité de la loi, plus précisément encore elle ne se réalise que par l'application de la loi. Pour Hauriou, ce n'est pas l'égalité qui requiert la généralité de la loi. C'est la généralité de la loi qui entraîne l'égalité. L'égalité n'a d'effet qu'en aval de la loi. L'idée d'égalité se restreint à l'idée de légalité. Dès lors, pour demander le respect du principe d'égalité, il existe « seulement le recours contentieux en annulation de décisions administratives fondé sur la violation de la loi »¹⁰⁹. Mais alors l'égalité ne s'applique plus à la loi elle-même, elle s'adresse aux actes pris en application de la loi. Elle ne s'accomplit qu'à un niveau infra-législatif. Elle est une égalité dans la seule application de la loi.

À peu près au même moment, du début du XXe siècle jusqu'aux années 1920, en Allemagne domine l'interprétation restrictive d'Anschütz¹¹⁰, proche de celle d'Hauriou quant au point qui nous intéresse ici : la question du rang d'application du principe d'égalité. Sa compréhension reste partielle si l'on ne mentionne pas le fait que l'Allemagne de cette époque vit sous l'empire d'un positivisme légaliste¹¹¹, pour lequel il n'existe pas d'autre droit positif

¹⁰⁷ M. Hauriou, *op. cit.*, p. 642.

¹⁰⁸ O. Jouanjan, *op. cit.*, p. 77.

¹⁰⁹ M. Hauriou, *op. cit.*, p. 642.

¹¹⁰ G. Anschütz, *Die Verfassungsurkunde für den preussischen Staat*, tome 1, Berlin, 1912, p. 107 *sqq.* ; *idem*, *Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 14^e éd., Berlin, Stilke, 1933, p. 524 *sqq.* Pour l'analyse de la position d'Anschütz : O. Jouanjan, *op. cit.*, pp. 86-91.

¹¹¹ Il faut lire l'explication particulièrement éclairante d'O. Jouanjan sur la provenance de ce positivisme légaliste : voir *op. cit.* pp. 82-85. D'abord les raisons profondes, idéologiques : « À l'origine du positivisme légaliste, on trouve très certainement la peur réactionnaire, à l'œuvre au sein même du Parlement de Francfort, devant le mouvement social qui menace les valeurs de la bourgeoisie libérale de l'automne 1848 à l'été 1849, la peur qu'avaient déjà rencontrée les modérés de 1789 : l'imprécision des droits fondamentaux ouvre la possibilité d'interprétations et d'exigences radicales. De telles possibilités, il faut les fermer avant même qu'il ne soit trop tard, que la restriction légale des droits n'apparaisse comme une reculade, comme une promesse non tenue. Tout faire pour que ces libertés ne soient pas mal comprises par les "classes dangereuses". Faire de ces simples principes généraux - énoncés de façon nécessairement lapidaire dans la constitution du Reich de 1848 - des droits immédiatement applicables, opposables par l'individu à l'instance du maintien de l'ordre qu'est l'État, c'est courir le risque suprême, celui du débordement incontrôlable de l'œuvre révolutionnaire. C'est laisser s'abîmer l'ordre politique et économique libéral et bourgeois dans le chaos social et l'anarchie » (*ibid.*, pp. 83-84). Ensuite, les raisons juridiques doctrinales : celles-ci peuvent se résumer ainsi. Le positivisme légaliste a été permis par un processus - que l'on pourrait appeler - de "désubjectivation" des droits individuels ; il a été commencé par Gerber, pour qui les droits fondamentaux ne sont que des droits réflexes, dérivés des seuls droits subjectifs de souveraineté, puis continué par Laband, qui éradique toute idée de subjectivité pour ne voir dans les droits fondamentaux que des normes que l'État se donne à lui-même. Otto Mayer ajoute à cette objectivation des droits un manque de juridicité suffisante pour en faire des droits immédiatement opposables ; dès lors ceux-ci ne représentent pas d'autres "limites" à l'État que le principe de la "réserve de la loi" : « une loi peut, et seule une

que celui qui commence avec la loi. De ce fait, au regard des droits fondamentaux, la loi ne subit aucune autre limitation que celle de “réserve de la loi”. En réalité, ce principe constitue une limite, non pas à l’action du législateur, mais uniquement à celle des autorités d’application de la loi puisqu’il exige que, dans le domaine des droits fondamentaux, et pour qu’ils acquièrent une positivité, seule une loi peut intervenir ; ce qui revient à poser le principe de la légalité de l’administration qui ne peut agir dans ces domaines que sur une base légale.

Dans ces conditions, l’égalité chez Anschütz n’acquiert sa positivité, sa force contraignante qu’après que le législateur a librement légiféré. Cette égalité devant la loi (souveraine) s’analyse alors comme une égalité dans l’application de la loi (souveraine). L’égalité ne contraint pas l’organe législatif (souverain) mais les organes exécutif et judiciaire. Il l’affirme lui-même : « L’égalité devant la loi est en vérité l’égalité devant le juge et l’administration »¹¹². L’égalité devant la loi ne signifierait rien d’autre que ceci : la loi doit être appliquée “également” par les autorités d’application de la loi. Pour justifier une telle position, Anschütz s’appuie sur une interprétation soi-disant littérale des termes “égalité devant la loi”.

Olivier Jouanjan a pu montrer les incohérences d’une telle lecture ainsi que ses motifs réels : « le fondement véritable de la conception d’Anschütz doit plutôt être recherché dans l’interprétation dominante, et elle aussi restrictive, des droits fondamentaux »¹¹³ qui empêche de voir dans l’égalité une norme qui surplombe la loi. Toute la complexité de la question provient de ce qu’Anschütz ne limite pas le principe d’égalité au principe de légalité : il peut avoir une signification au-delà de la seule application de la loi générale. Cette autre signification se manifeste lors de l’usage par l’administration du pouvoir discrétionnaire : dans ce cas-là la clause d’égalité possède déjà une signification moderne, celle qui n’interdit pas toute différenciation ou, pour le dire à la manière germanique, celle qui proscrit l’arbitraire. Mais là n’est pas le principal de notre propos, remarquons pour l’instant qu’elle reste cantonnée à un niveau infra-législatif ; en cela la position d’Anschütz demeure restrictive quant au point d’application de l’égalité.

Si l’égalité ne s’impose pas à la loi, c’est donc pour deux raisons : soit pour des motifs extérieurs à l’égalité, qui ont trait au caractère intouchable de la loi (indépendamment de sa définition), soit pour des raisons propres à la signification de l’égalité (conséquence de la

loi peut intervenir dans les domaines délimités par ces “droits fondamentaux”. Le corollaire n’est autre que le principe de légalité : l’action des autorités d’application de la loi dans ces domaines doit nécessairement reposer sur une base légale et, naturellement, être conforme à la loi préalable » (*ibid.*, p. 85). Voir aussi O. Jouanjan, « Présentation », in O. Jouanjan (dir.), *Figures de l’État de droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001 (pp. 7-52), notamment pp. 33-43.

¹¹² G. Anschütz, *Die Verfassungsurkunde für den preussischen Staat*, tome 1, *op. cit.*, p. 109 : cité et traduit par O. Jouanjan, *op. cit.*, p. 86.

¹¹³ O. Jouanjan, *op. cit.*, p. 86.

généralité postulée de la loi). Ce qu'il nous importe de retenir jusqu'ici, c'est que d'un point de vue procédural – et encore une fois, quelle que soit sa signification – l'égalité n'a pas de caractère contraignant en amont de la loi, elle ne se réalise qu'en aval de celle-ci.

Si maintenant, on adopte un point de vue substantiel quant à la signification de l'égalité, la question étant de savoir ce que veut dire l'égalité, ce à quoi elle oblige, plutôt que de savoir à quel rang elle oblige, la deuxième moitié du XIXe siècle et la première moitié du XXe ont connu une interprétation restrictive au regard de la signification que lui donnait la tradition classique. En un mot, l'égalité s'accomplit par la généralité.

§ 2. L'impasse de l'égalité dans la seule généralité de la loi

Olivier Jouanjan indique clairement que ce modèle connaît deux variantes, « selon que l'égalité implique la généralité », « ou que l'égalité est la conséquence de la généralité »¹¹⁴. Nous pourrions dire que la première variante correspondrait à un modèle primitif dans la mesure où la généralité de la loi n'est que la version atténuée de l'universalité révolutionnaire (seul Carl Schmitt a repris cette thèse au début du vingtième siècle pour la combiner avec la seconde¹¹⁵). La seconde variante correspondrait à un modèle plus tardif, qui est essentiellement en lien avec l'apparition du positivisme légaliste¹¹⁶.

Le premier à avoir énoncé l'idée que l'égalité n'oblige pas à l'universalité de la loi, mais simplement à la généralité de la loi, a été Robert von Mohl¹¹⁷ ; « juriste certainement le plus influent du Parlement de Francfort, Robert von Mohl est considéré comme “le véritable fondateur de la doctrine moderne du droit public” »¹¹⁸. L'obligation égalitaire classique d'une

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 123.

¹¹⁵ C'est-à-dire qu'il combine égalité dans l'application de la loi et égalité par la généralité, ce qui donne une égalité dans l'application de la loi générale, dit autrement c'est une égalité par l'application de la loi dans sa définition matérielle.

¹¹⁶ La loi étant l'horizon indépassable de l'ordre juridique, la teneur normative de l'égalité peut difficilement être trouvée en amont de la loi, elle ne l'acquiert alors très logiquement qu'en aval de celle-ci. Ceci reste vrai même chez Hauriou qui pourtant, on a déjà pu le dire dans la subdivision précédente, considérait que la non-applicabilité de l'égalité ne provenait pas d'un défaut général d'efficacité des principes de 1789, mais de l'impossibilité constitutive de la clause d'égalité à devenir un droit individuel. Le doyen de Toulouse n'échappe donc pas entièrement à l'idéologie dominante de son temps.

¹¹⁷ R. von Mohl, *Die Polizeiwissenschaft nach Grundsätze des Rechtsstaates*, Tübingen, 1834, 1^e éd. ; Tübingen, 1844, 2^e éd. ; *idem*, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, Tübingen, 1840, 2^e éd. Pour l'analyse de la position de Mohl : O. Jouanjan, *op. cit.*, pp. 58-59 ; voir aussi *idem*, « Présentation », in *Figures de l'État de droit*, *op. cit.*, (pp. 7-52), notamment pp. 17 *sqq.*

¹¹⁸ C'est ce qu'affirme, à la suite de R. von Gneist, O. Jouanjan (*op. cit.*, p. 58 ; sur cet auteur spécialement, voir C. Argyriadis-Kervégan, « Rudolf Gneist : la justice administrative, institution nécessaire de l'État de droit », in *Figures de l'État de droit*, *op. cit.*, pp. 235-252.). Si on devait résumer la généalogie de la réduction du contenu de la pensée révolutionnaire, on pourrait la formuler comme suit : originellement, l'égalité oblige à l'universalité

loi universellement la même pour tous se réduit, chez cet auteur, à une obligation de « lois générales également valables pour tous »¹¹⁹. Générale et non plus universelle, c'est clairement le début d'un changement de sens de ce à quoi l'égalité oblige, mais ce n'est qu'un début dans la mesure où la généralité, chez Mohl, reste néanmoins une figure atténuée de l'universalité. La loi doit seulement être impersonnelle, elle interdit les lois individuelles ou d'exception¹²⁰.

Plus tard, à partir de 1926, Carl Schmitt¹²¹ soutient de façon assez isolée une interprétation dans la lignée de Mohl : il défend l'idée que l'égalité implique le caractère général de la loi. « Elle lie donc le législateur en ce sens minimal qu'elle lui interdit d'édicter par voie législative des mesures individuelles »¹²². La manière de voir de Carl Schmitt est doublement restrictive car, à un niveau supra-législatif, l'égalité signifie et requiert le principe de la généralité des lois, tandis qu'à un niveau infra-législatif, l'égalité signifie et requiert de manière alors tautologique le principe de la légalité de l'administration selon lequel l'acte administratif doit respecter la loi générale. La conséquence ultime concernant la signification de l'égalité, c'est qu'elle s'est aliénée jusqu'à disparaître dans l'idée de généralité (ou de légalité dans son sens matériel). En France, nous l'avons vu, M. Hauriou ne disait, d'une certaine manière, pas autre chose et soutenait aussi une interprétation de l'égalité par la généralité, avec cette nuance que ce n'est pas tant l'égalité qui exige la généralité de la loi, que la généralité postulée de la loi qui « entraîne son caractère de règle égale pour tous »¹²³.

§ 3. Conclusion sur le moment restrictif de l'égalité : le moment où l'identique se fait déborder par le différent

Cette période de l'égalité (1848-1945) est donc doublement restrictive, soit à cause de l'abaissement de son rang d'application, soit à cause de l'aliénation de sa signification dans l'idée de généralité (infra- et/ou supra- légale).

de la loi et prohibe les lois même générales, *a fortiori* les lois individuelles. Dans un deuxième temps, chez Mohl, elle oblige à la généralité et n'interdit plus que les lois individuelles.

¹¹⁹ Cité et traduit par O. Jouanjan : *op. cit.*, p. 59.

¹²⁰ « La réglementation d'un cas particulier par une loi est en toute hypothèse inadmissible. Dans les États dont les constitutions exigent l'égalité de tous devant la loi, une disposition de cette sorte serait carrément une rupture de la constitution » (R. von Mohl, *Staatsrecht Völkerrecht, Politik*, 1862, tome 2 ; cité et traduit par O. Jouanjan : *op. cit.*, p. 59).

¹²¹ C. Schmitt, *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, Berlin et Leipzig, 1926. Pour l'analyse de la position de Schmitt : O. Jouanjan, *op. cit.*, pp. 104-106.

¹²² O. Jouanjan, *op. cit.*, p. 105.

¹²³ M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1907, 6^e éd., p. 296 ; réimp., Paris, Dalloz, 2002.

Ce qu'il convient spécialement de retenir du travail d'Olivier Jouanjan, c'est que, dans les deux cas, quelque chose de la tradition classique s'est perdu, soit que l'égalité possédât une valeur en amont de la loi, soit qu'elle fût la même pour tous. Ce que nous aimerions signaler, quant à nous, c'est que dans les deux cas, il y a néanmoins quelque chose de la tradition classique qui perdure : à savoir une conception "absolue" de l'égalité comprise comme une pure identité de traitement.

Résumons rapidement les éléments de restriction de l'égalité pendant cette seconde moitié du XIXe siècle. Dans le premier cas, celui de l'égalité dans l'application de la loi, l'égalité est restrictive car elle n'a plus d'effet en amont de la loi. Le législateur est entièrement libre d'introduire les distinctions qui lui conviennent. Dans le deuxième cas, celui de l'égalité par la généralité, l'égalité est restrictive dans la mesure où elle réduit le principe révolutionnaire de l'identité universelle de traitement (la loi est la même pour tous sujets de droit de l'ordre juridique) à un principe d'identité de traitement à l'intérieur de la loi générale (la loi est la même pour les seuls sujets de droit membres de la catégorie générale établie par la loi). Là aussi, le législateur est entièrement libre d'introduire les distinctions qui lui conviennent. En effet, si l'égalité est restreinte à un principe d'identité intra-catégorielle, « elle ne garantit qu'une identité formelle de traitement entre les membres d'une même catégorie »¹²⁴ librement déterminée par le législateur ; autrement dit, dès lors que l'identité de traitement peut ne concerner que quelques personnes, elle peut très bien discriminer celles-ci par rapport à d'autres personnes et donc créer des discriminations inter-catégorielles, entre deux catégories générales. En bref, dans les deux cas, soit de l'égalité dans la généralité de la loi, soit de l'égalité dans l'application de la loi, l'interprétation restrictive du principe d'égalité devant la loi laisse la différence incontrôlée au niveau législatif.

Plus encore qu'une restriction, nous pouvons même parler d'une perversion du modèle classique, car ces interprétations ont pour conséquence de laisser s'introduire dans le système juridique des différences de traitement affranchies de toute contrainte juridique. Alors que la tradition classique imposait une identité de traitement pour tous, et évacuait les différenciations hors du droit, dans la sphère privée, la tradition restrictive a pour effet d'accueillir les possibilités de différenciations au sein du droit, très précisément au rang législatif avec cette particularité, précédemment soulignée, qu'elles ne sont empêchées par rien de dériver vers des différenciations discriminatoires. Voilà donc le premier point que nous voulions souligner, et voilà pourquoi ces interprétations restrictives se présentent aussi comme de véritables impasses.

¹²⁴ O. Jouanjan, « Réflexions... », *op. cit.*, p. 135. Comme le fait aussi remarquer Ch. Starck, « la simple technique de la réglementation générale ne garantit pas l'égalité » ; Ch. Starck « L'égalité en tant que mesure du droit, problèmes d'application du principe d'égalité », in Ch. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 198.

Exposons maintenant les éléments de perpétuation de la tradition classique durant la période restrictive. Le modèle restrictif perpétue le modèle classique en ce sens qu'il continue d'assimiler l'idée d'égalité à celle d'identique, c'est-à-dire un traitement excluant rigoureusement toute possibilité de différenciation. Certes, nous venons de le souligner, le modèle restrictif ne garantit l'identité de traitement qu'entre les destinataires d'une même catégorie légale ; nonobstant, il maintient l'idée selon laquelle l'égalité signifie l'identité de traitement. Cette identité de traitement s'opère – dans le modèle classique originaire – à l'intérieur de l'universalité de la loi, donc pour tous, et – dans le modèle restrictif – à l'intérieur de la généralité de la loi, donc pour quelques-uns. Certes, c'est justement parce que les interprétations restrictives de l'égalité n'excluaient la différence de traitement qu'à l'intérieur de la loi générale qu'elles ont pu, du fait de cette souplesse, prospérer ; mais ce faisant, elles reconduisaient l'idée classique selon laquelle l'égalité exclut toute différenciation. Voilà donc le deuxième point qu'il nous importait de démontrer.

Une dernière remarque, qui est une mise en perspective d'ordre global : de la même manière que dans la société médiévale, un principe d'identité (qui caractérisait les rapports des êtres humains dans la "Cité de Dieu", pour le dire de manière augustinienne) avait pu se superposer à un principe de différence (lequel régissait, quant à lui, les relations dans la "Cité de la Terre") ; dans l'ordre juridique moderne alors débutant, un principe d'identité (caractérisant les rapports des sujets de droit à l'intérieur d'une catégorie légale) a pu se superposer à un principe de différence (gouvernant le rapport des diverses catégories légales entre elles). Dans les deux cas, le gain que pouvait constituer l'affirmation d'un principe d'identité (extra-mondain ou intra-catégoriel) était rendu largement illusoire par la pratique non endiguée d'un principe de différence (intra-mondain ou inter-catégoriel).

Or, nous le verrons, il est en vérité de l'essence même de l'égalité de ne pas toujours exclure la différence mais aussi de *contenir* la différence, au sens où elle l'intègre et la contraint à la fois. C'est même, là, l'un des traits distinctifs du troisième et dernier modèle interprétatif de l'égalité.

Section 3. Le tournant du modèle contemporain

L'avènement du modèle contemporain de l'égalité se signale par deux éléments : premièrement, l'égalité retrouve une valeur supra-législative par laquelle elle s'impose à la loi, comme cela avait été le cas dans la tradition classique ; deuxièmement, l'égalité n'interdit plus toute différence de traitement, et cela d'une manière encore totalement inédite. L'interprétation proprement contemporaine du principe d'égalité commence à émerger, dans la jurisprudence ou dans la doctrine, vers le début du XXe siècle. Le phénomène est général,

tant sur le continent américain (§ 1) que sur le continent européen¹²⁵ (§ 2), laissant apparaître que, dans un tel modèle, l'idée de différence est interne à l'égalité (§ 3).

§ 1. L'amorce du tournant contemporain sur le continent américain

Aux États-Unis d'Amérique¹²⁶, la Cour suprême a, dès 1886, énoncé que le 14^e amendement proclamant « l'égle protection des lois » autorise un contrôle juridictionnel de la loi elle-même, autant que des actes quasi législatifs des organes locaux¹²⁷. À partir des années 1900, elle a développé ce qu'on appelle aujourd'hui son approche traditionnelle en ce qui concerne l'interprétation de la clause d' « égale protection des lois ». Cette interprétation intègre, depuis le départ, la possibilité d'un traitement différent. Suivant cette jurisprudence, l'égalité n'interdit en effet pas toute différenciation. La Cour suprême formule, dès 1902, qu'une différenciation opérée par la loi peut être vecteur d'égalité¹²⁸. Dans une décision datant de 1911, la haute juridiction affirme que « la clause de l'égle protection ne retire pas à l'État le pouvoir d'opérer des classifications... »¹²⁹. Elle précise en 1920 que, pour être conforme au principe d'égalité, « la classification doit être raisonnable, non arbitraire, et doit reposer sur une différence ayant avec l'objet de la loi une relation claire et substantielle, de telle sorte que toutes les personnes se trouvant dans des circonstances similaires soient traitées de façon semblable »¹³⁰.

¹²⁵ Ch. Starck, « L'égalité en tant que mesure du droit, problèmes d'application du principe d'égalité », *op. cit.*, p. 183 (« Le principe d'égalité commença à changer de fonction en Allemagne quand, se rattachant à la jurisprudence nord-américaine et Suisse, la doctrine redécouvrit dans la garantie d'égalité un contenu matériel auquel le législateur serait lié » ; *ibid.*). De façon plus approfondie, sur cette apparition du modèle contemporain de l'égalité : O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, pp. 93-122.

¹²⁶ Sur les États-Unis d'Amérique : O. Jouanjan, *op. cit.*, pp. 98-99. De manière plus générale, voir également : J. Schmidt, « La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1987, pp. 43-88 ; D.S. Days, « Equality rights in the USA », in *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Y. Blais, 1986. L. H. Tribe, *American constitutional law*, Mineola, New York, The Foundation press, 1988 (2^e éd.).

¹²⁷ *Yick Wo v. Hopkins*, 118 US 356, 6 S.Ct. 1064 (1886).

¹²⁸ *Connelly v. Union Sewer Pipe Co*, 184 US 540, 22 S.Ct. 431.

¹²⁹ *Lindsley v. Natural Carbonic Gas Co*, 220 US 61, 31 S.Ct. 337.

¹³⁰ *Royster Guano Co v. Virginia*, 253 US 412, 40 S.Ct. 560.

§ 2. L'amorce du tournant contemporain sur le continent européen

En Europe, le mouvement semble avoir été amorcé en Suisse¹³¹ par le Tribunal Fédéral, au tournant du XXe siècle, à l'occasion de l'interprétation de l'article 4 de la Constitution fédérale suisse du 29 mai 1874 édictant que « tous les Suisses sont égaux devant la loi ». Cette jurisprudence trouve son expression doctrinale dans le commentaire qu'en fait Walther Burckardt qui est le premier à poser la distinction entre égalité formelle et égalité matérielle¹³². Olivier Jouanjan résume les deux types d'inégalités ainsi proscrites de la façon suivante : d'un côté, « une inégalité formelle consiste dans la contradiction de la législation ou de l'application de la loi avec elle-même » ; plus précisément, « l'inégalité formelle dans l'application de la loi correspond à la violation pure et simple de la légalité, la violation de l'égalité formelle par le législateur consiste dans les dérogations dont il ferait profiter certains » ; d'un autre côté, l'inégalité matérielle « intervient lorsque celui-ci traite également ce qui est différent et, réciproquement, différemment ce qui est semblable »¹³³. C'est bien sûr cette deuxième hypothèse qui est annonciatrice d'un nouveau modèle interprétatif. À propos de l'introduction de ce dualisme resté célèbre, établissant une partition entre égalité formelle et égalité matérielle, nous aimerions, pour ce qui nous concerne, faire une remarque qui nous semble valable pour la grande majorité des auteurs ayant repris une telle dichotomie, quand bien même elle serait légèrement remaniée par rapport à cette référence initiale. Cette observation est la suivante : si la doctrine a éprouvé le besoin de recourir à cette présentation clivée de l'égalité, c'est sans doute en raison du fait qu'il était difficile de passer d'un seul coup d'une tradition à une autre ; d'où la juxtaposition d'une égalité formelle d'une part, et d'une égalité matérielle de l'autre. La première s'analyse, en effet, comme étant la perpétuation de la tradition classique, originaire et restrictive, définissant l'égalité comme une identité, laquelle refuse par définition toute dérogation ; la seconde inaugure une tradition inédite qui incorpore, de façon modulée, la différence de traitement.

En Allemagne¹³⁴, aux débuts de l'époque de Weimar, l'interprétation canonique de l'égalité est celle qui a été formulée par Anschütz. Précédemment envisagée du point de vue du rang auquel cet auteur donnait effet à l'obligation d'égalité¹³⁵, son interprétation – et avec

¹³¹ Sur la Suisse : O. Jouanjan, *op. cit.*, pp. 99-101.

¹³² Elle se trouve dans l'important commentaire qu'il a donné de la Constitution de 1874 : W. Burckardt, *Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29 mai 1874*, Berne, 1914, 2^e éd.

¹³³ O. Jouanjan, *op. cit.*, p. 100.

¹³⁴ Sur l'Allemagne : O. Jouanjan, *op. cit.*, pp. 97-118.

¹³⁵ Nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, la particularité de cette interprétation réside dans le fait de ne pas avoir d'effet à un niveau supra-législatif, mais uniquement à un niveau infra-législatif pour les actes d'application de la loi (voir *supra* p. 51).

ce dernier celle de Fritz Fleiner¹³⁶ – nous retient maintenant du point de vue de la définition qui en est donnée. Or, si l'on examine le contenu de l'obligation d'égalité, nous constaterons qu'elle n'exclut pas l'idée de différence. Il n'est d'ailleurs pas anodin que la portée pratique de sa théorie se manifeste lors de l'usage par l'administration d'un pouvoir discrétionnaire, autrement dit lorsque celle-ci dispose d'une certaine latitude entre différents traitements possibles. Pour cette doctrine, « le principe d'égalité s'applique au-delà des considérations de légalité formelles, c'est-à-dire tirées de la loi habilitant le pouvoir administratif. Il interdit qu'une différence de traitement, même respectant l'objet et le but de l'habilitation légale, puisse ne pas reposer sur une raison suffisante, tirée de la situation particulière de l'intéressé »¹³⁷. L'égalité autorise le traitement différent à la condition de répondre à une raison suffisante. La “nouvelle doctrine” qui va commencer à percer à la fin de la République de Weimar pour devenir dominante à partir de 1951, est celle initiée par Leibholz¹³⁸ au début du siècle. Elle ne changera pourtant rien sur cette question précise. En permettant à l'égalité de développer ses effets à un niveau qui est désormais aussi supra-législatif, Leibholz apporte certes un changement quant au point d'application de la règle égalitaire, cependant du point de vue de son contenu, cette doctrine continuera à décrire une égalité modulée, n'interdisant que les distinctions arbitraires¹³⁹.

La situation de la France¹⁴⁰ au début du XXe siècle est, sur la question du contenu de l'obligation d'égalité, à peu près la même puisque le Conseil d'État, à partir d'un arrêt *Roubeau*¹⁴¹ de 1913, donne une définition de l'égalité selon laquelle les administrés « se trouvant dans une même situation doivent être traités également, sans préférence ni faveur »¹⁴². Nous nous associons au commentaire d'Olivier Jouanjan lorsqu'il fait remarquer que cela « signifie que le Conseil d'État conçoit ainsi une “égalité relative” et non pas une égalité absolue : elle n'interdit pas le traitement différent de ce qui est différent »¹⁴³. À un

¹³⁶ F. Fleiner, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, Mohr, 1922, 6^e éd., p. 125. Traduction française de la 8^e éd. par Ch. Eisenmann, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, 1933. Pour l'analyse de la position de Fleiner et d'Anschütz : O. Jouanjan, *op. cit.*, pp. 86-91.

¹³⁷ O. Jouanjan, *op. cit.*, p. 90.

¹³⁸ G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, Berlin, Liebmann, 1925, 1^e éd. ; München et Berlin, 1959, 2^e éd. (version augmentée de plusieurs études ultérieures). Pour l'analyse de la position de Leibholz : O. Jouanjan, *op. cit.*, pp. 108-118. De façon plus succincte, voir aussi : Ch. Perelman, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 279. ; *idem*, « Égalité et intérêt général », in Ch. Perelman (dir.), *L'égalité*, vol. VIII, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 619-620.

¹³⁹ Th. Chomé, « Le principe de l'égalité en droit de la République fédérale allemande », in H. Buch, P. Foiriers, Ch. Perelman (dir.), *L'égalité*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1971, pp. 36-71 ; Th. Würtenberger, « Égalité », in U. Karpen (dir.), *La Constitution de la République Fédérale d'Allemagne, essais sur les droits fondamentaux et les principes de la Loi fondamentale avec une traduction de la Loi fondamentale*, Baden-Baden, Nomos, 1996, pp. 71-92.

¹⁴⁰ Sur la France, concernant l'analyse de la position de Duguit : O. Jouanjan, *op. cit.*, pp. 93-97.

¹⁴¹ Conseil d'État, 9 mai 1913, *Roubeau*, RDP, 1913, p. 685, note G. Jèze ; *Recueil “Lebon” des arrêts du Conseil d'État* (ci-après : “*Recueil Lebon*”), p. 521.

¹⁴² La formule est usuelle : Conseil d'État, 27 juillet 1928, *S.A. des Usines Renault*, *Recueil Lebon*, p. 970 ; ou bien Conseil d'État, 13 janvier 1932, *Société La Grande Taverne*, *Recueil Lebon*, p. 36.

¹⁴³ O. Jouanjan, *op. cit.*, p. 93.

niveau purement doctrinal en France, Duguit soutenait l'idée selon laquelle l'égalité est une injonction que doit respecter le législateur et que la généralité de la loi ne suffit pas à garantir à elle seule. Et lorsqu'il s'agit de définir l'égalité, le doyen de Bordeaux oppose à « l'égalité absolue, mathématique des hommes, comprise à la manière de 1793 », « l'égalité véritable, celle qui consiste, suivant une vieille formule, à traiter également les choses égales et inégalement les choses inégales »¹⁴⁴ ou, pour le dire autrement, traiter identiquement les situations semblables et différemment les situations dissemblables.

§ 3. Conclusion sur le modèle contemporain : le moment où l'identique maîtrise le différent

Notre propos consiste à souligner que l'avènement du modèle contemporain, à partir du premier tiers du XIXe siècle, est marquée par un véritable changement de paradigme : celui du passage d'une conception de l'égalité comprise comme une pure identité à une égalité intégrant, de façon maîtrisée, l'éventualité du traitement différent. Ce virage ne s'opère pas seulement en droit interne, il s'observe exactement à la même époque en droit international, comme nous allons l'étudier par la suite. Une telle révolution mettra beaucoup de temps pour être assimilée. C'est d'ailleurs l'une des raisons qui explique que la doctrine ait éprouvé le besoin d'introduire des dualismes afin de décrire l'égalité¹⁴⁵. Ainsi, pour une large part, la dichotomie entre une égalité formelle et une égalité matérielle, entre une égalité en droit et une égalité en fait, ou entre un principe d'égalité et un principe de non-discrimination, juxtapose respectivement l'ancienne et la nouvelle traditions.

Conclusion du chapitre 1. Conclusion sur l'histoire de l'égalité dans l'ordre juridique interne

Il nous est d'abord apparu utile de rapidement retracer, à l'aide des travaux de Louis Dumont, la genèse de l'égalité en amont de son inscription dans le droit positif et d'évoquer les différentes phases par lesquelles l'idée chrétienne d'égalité s'est progressivement sécularisée. Il nous a ensuite semblé nécessaire d'insister sur le caractère fondateur de l'interprétation juridique classique de l'égalité et de pointer quels en étaient les acquis

¹⁴⁴ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing / E. Bocard, 1923, 2^e éd., tome III, p. 585.

¹⁴⁵ Voir par exemple : F. Luchaire, « Un janus constitutionnel : l'égalité », *RDP* 1986, pp. 1229-1274.

irrévocables. Il était enfin indispensable, en partant des différents modèles interprétatifs du principe d'égalité dégagés par Olivier Jouanjan, de cerner, pour ce qui nous concerne, quel était à chaque fois le statut précisément assigné à la notion d'identique ou à celle de différence, et d'observer comment, dans chacun de ces divers modèles du principe d'égalité, ces idées s'agencent les unes par rapport aux autres. Ainsi, durant sa période classique, l'égalité exclut toute possibilité de différenciation, rejette l'idée de différence hors du droit et s'épuise entièrement dans l'idée d'identique. Durant sa deuxième phase, cette acception selon laquelle l'égalité s'absorbe entièrement dans le concept d'identique reste tenace, mais son étendue s'est considérablement restreinte, de sorte que l'idée d'égalité (comprise comme identique) s'est très largement fait déborder par l'avènement, dans le champ du droit, et de façon largement implicite, d'une possibilité de différenciation, laquelle n'a alors pas été jugulée par l'idée d'égalité puisqu'elles sont restées, l'une et l'autre, côte à côte. Durant sa troisième et dernière période, l'idée d'identique n'a bien sûr pas disparu – et comment le pourrait-elle puisque c'est elle qui fonde l'égalité ? – mais le changement réside dans le fait que l'identique et le différent sont tous les deux intégrés au sein de l'égalité : l'égalité n'interdit pas toutes les distinctions, elle en accepte certaines, mais de façon conditionnée. La différence est donc endiguée.

D'une manière encore plus générale, ce qu'il nous importait de montrer au terme de cette histoire du principe d'égalité en droit interne, c'est précisément le rôle de l'histoire dans la compréhension du principe d'égalité. Lorsqu'un tel principe a été inscrit dans la Convention européenne des droits de l'homme, celui-ci était loin d'être vierge de toute interprétation, car il avait déjà derrière lui un long passé, non seulement en droit interne mais aussi en droit international. C'est ce qu'il convient d'examiner maintenant.

Chapitre 2. L'histoire de l'égalité dans l'ordre juridique international

L'histoire de la réception de l'égalité individuelle dans l'ordre juridique international se confond dès le départ avec l'histoire de l'internationalisation des droits de l'homme. Appliquée au domaine de la liberté de conscience religieuse, l'idée d'égalité compte parmi les premiers droits qui acquièrent une protection internationale. Liberté religieuse et égalité de traitement sont en effet, à l'origine, indissociablement liées. L'intégration de l'égalité dans le droit international s'est accomplie de façon graduelle, tout au long du XIXe siècle, sous la figure d'une égalité religieuse : elle s'est faite au travers de la protection conventionnelle des minorités religieuses par les grands Congrès dès 1815, et s'est poursuivie jusqu'aux traités de sauvegarde des minorités conclus dans le cadre des négociations de paix consécutives à la guerre de 1914-1918. Par ces traités du système de Versailles, lesquels sont l'ébauche embryonnaire de ce que sera la garantie des droits de l'homme au lendemain de la seconde guerre mondiale, l'égalité s'est pour sa plus large part laïcisée (section 1).

Le milieu du XXe siècle, avec la proclamation de la Déclaration universelle des droits de l'homme, marque l'achèvement d'un virage qui avait commencé d'être amorcé par le système versaillais au début du XXe siècle. Il se caractérise par l'avènement d'un principe d'égalité universelle que la Convention européenne des droits de l'homme recevra en deux temps (section 2).

Section 1. La réception de l'égalité par les traités de protection des minorités (1815-1945)

Pour comprendre les questions que pose encore aujourd'hui l'internationalisation du principe d'égalité, il nous paraît indispensable de retracer rapidement les raisons idéologiques et dogmatiques qui rendaient, et dans une certaine mesure rendent encore maintenant, difficile la réception d'une norme protégeant l'égalité individuelle par le droit international. La confrontation de la structure du droit international classique et du principe d'égalité individuelle ainsi que l'analyse des présupposés qui sous-tendent leur compréhension respective font apparaître, non seulement les raisons pour lesquelles ils sont en opposition, mais aussi – de façon peut-être plus inattendue – les liens intimes qui les unissent en réalité.

C'est pourquoi, avant de se pencher sur le contenu de la réception du principe d'égalité par le droit international au travers des traités de protection des minorités (§ 2), et avant de pouvoir en faire un bilan (§ 3), il est important de comprendre le contexte hostile de cette réception : celui d'un droit international classique triomphant, avec lequel ces traités sont en rupture (§ 1).

§ 1. Le contexte hostile de la réception : la conception classique du droit international

L'accession de l'idée d'égalité au rang du droit international peut sembler à la fois précoce et tardive. Précoce, dans la mesure où, bien que très restreinte, la première apparition internationale de l'égalité remonte, on le verra, à 1815. Tardive, dans la mesure où elle n'acquiert que très péniblement la dimension d'un principe général : les premières formulations généralistes datent des années 1920, et plus véritablement des années 1950.

Pourtant, si l'on se place à l'époque de ces deux dernières dates, nous l'avons vu, l'égalité en droit interne possède déjà dans certains États une longue histoire. Par ailleurs, les formulations universalistes des déclarations des droits de la fin du XVIII^e siècle, en tant qu'elles paraissent envisager l'homme par-delà toute inscription nationale, recelaient idéologiquement des potentialités internationalistes particulièrement puissantes. Malgré cela, l'internationalisation de l'égalité n'est pas allée de soi. Les raisons d'un tel constat sont, bien évidemment, d'abord et directement politiques : à savoir la réaction et la résistance de nombreux États européens à l'encontre des idées révolutionnaires tout au long du XIX^e siècle¹⁴⁶. Les raisons sont ensuite juridiques, et sont tout aussi connues. La structure du droit international a pendant longtemps rendu impossible toute idée d'une protection internationale de l'individu, ceci parce que le droit interne et le droit international se sont progressivement construits en opposition irréconciliable : d'un côté, l'ordre interne, sphère des relations intra-étatiques régies par le droit interne étatique ; de l'autre, l'ordre international, sphère des relations inter-étatiques régies par le droit international public. Il en résulte le refus de principe de la personnalité internationale de l'individu, qui est réservée aux seuls États ; dans ces conditions la question des droits individuels relève de la compétence exclusive du droit national.

¹⁴⁶ Nous n'étudieront pas ces facteurs politiques en tant que tels, même si nous n'oublions bien évidemment pas que ce sont ceux-là qui ont d'abord et surtout pesé durant tout le XIX^e siècle. Comme le résume P. Wachsmann : « La structure de la société internationale classique rendait impossible la consécration des droits de l'homme par des normes internationales. Il faut en effet rappeler que plusieurs des principales puissances répudiaient la démocratie libérale et la philosophie qui la soutient », *Les droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2002 (4^e éd.), p. 5.

On aura noté que l'organisation de la société étatique a été prise comme modèle pour décrire l'ordonnement de la société internationale¹⁴⁷. La première repose sur le paradigme de l'égalité souveraine des citoyens, la seconde sur celui de l'égalité souveraine des États. C'est ici qu'il convient d'observer que l'héritage libéral est particulièrement ambivalent pour le droit international. Si le principe d'égalité étatique s'est effectivement construit par mimétisme par rapport à l'égalité individuelle (A), il s'est également imposé, de manière conservatrice, par exclusion de cette dernière (B). C'est donc en vain que l'on chercherait dans le droit international non-conventionnel une quelconque idée d'égalité individuelle : seule y règne l'égalité étatique¹⁴⁸.

A. La coutume triomphante de l'égalité étatique : une égalité d'États-nations

Ce n'est pas le moindre des paradoxes de l'héritage libéral révolutionnaire que, dans le même temps qu'il repose sur l'affirmation d'une égalité universelle entre toutes les personnes humaines, il a aussi contribué à la promotion du modèle classique du droit international : celui-là même qui a freiné la réception en son sein d'une égalité de traitement entre les personnes, celui-là même qui s'est édifié en refoulant hors de son champ toute idée d'un universel humain protégeable en soi, et qui passerait outre à l'appartenance nationale étatique.

En effet, l'universalisme des Lumières est particulièrement ambivalent, puisque loin de régénérer l'antique notion de *jus gentium* dans le sens que lui conférait le droit romain, dont le principe est pourtant particulièrement proche de celui des droits de l'homme, il a concouru à sa disparition du droit international. « Évoquant l'idée d'un universel humain, le droit des gens [...] désignait "le droit applicable aux relations entre les êtres humains, indépendamment de leur appartenance à une collectivité politique déterminée". Fondamentalement attaché à la personne humaine et ignorant les allégeances politiques singulières, ce droit des gens devait subsister dans son acception originale jusqu'au moment

¹⁴⁷ Idée qui peut être trouvée chez Rousseau lui-même : P. Rolland fait ainsi remarquer que Rousseau « aurait dû écrire à la suite du *Contrat social* un autre ouvrage sur les confédérations, c'est-à-dire sur l'équivalent du contrat social entre les États, le contrat international » ; P. Rolland, « Faut-il désirer la paix ? J.-J. Rousseau, et la paix perpétuelle », *Droits* 2001 n° 33 (pp. 141-163), p. 141. Dans le sens de cette idée d'une transposition du paradigme libéral au plan international, voir aussi : J. Combaceau : « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, pp. 47-58 (particulièrement les pp. 51-52) ; M. Koskenniemi (dir.), *International Law*, Aldershot (Hong Kong/Singapore/Sydney), Dartmouth, 1992 (spécialement l'introduction que signe M. Koskenniemi ; son opinion est la suivante : « The idea of international law as *Koordinationsrecht* is an internationalization of Rousseau's idealized Geneva : a community of equals voluntarily submitting to the Rule of Law » ; p. XV) ; R.-J. Dupuy : *Dialectiques du droit international – Souveraineté des États, communauté internationale et droits de l'humanité*, Paris, Pédone, 1999, pp. 73-74.

¹⁴⁸ Pour une présentation du principe d'égalité étatique dans la période contemporaine : B. Boutros-Ghali, « Le principe d'égalité des États et les Organisations internationales », *RCADI*, 1960-II, tome 100, pp. 1-73 ; F. Brial, « Le principe d'égalité des États en droit international public », *RDISDP*, 2001, pp. 45-90.

où l'État devint assez fort pour s'affirmer comme l'unique vecteur des relations internationales, au cours du XVIIIe siècle »¹⁴⁹.

Dans la relation complexe que les droits de l'homme entretiennent avec l'État, c'est ce dernier qui s'est effectivement imposé sur la scène juridique internationale. La Déclaration française de 1789 pose la première les termes d'une relation qui nous ramène à la problématique balisée du passage dialectique du droit naturel rationnel et universel à celui du droit social positif et contextualisé, de la réduction de la qualité d'homme à celle de citoyen. Sans aucun doute, comme le droit des gens, les droits de l'homme visent-ils l'homme, au-delà de toute détermination géographique, politique, sociale, économique, culturelle ou autre, mais à la différence de celui-ci, la tradition classique situe leur effectuation politique et juridique par le biais d'un contrat social conclu dans le cadre d'une nation. Comme le précise H. Arendt, « à peine l'homme venait-il d'apparaître comme un être émancipé et complètement autonome, portant sa dignité en lui-même sans référence à quelque ordre plus vaste et global, qu'il disparaissait aussitôt pour devenir membre d'un peuple. La déclaration des droits humains inaliénables impliquait d'emblée un paradoxe, puisqu'elle se référait à un être humain "abstrait" qui ne semblait exister nulle part [...] Aussi toute la question des droits de l'homme se trouva-t-elle bientôt inextricablement mêlée à la question de l'émancipation nationale ; seule la souveraineté émancipée du peuple, de leur propre peuple, semblait être capable de mettre les hommes à l'abri. Comme le genre humain était depuis la Révolution française conçu comme une famille de nations, il devint peu à peu évident que le peuple, et non l'individu, était l'image de l'homme »¹⁵⁰.

Dans ces conditions, « les droits de l'homme deviennent à la fois la limite imposée à l'État et sa justification, puisque désormais il a pour fonction de garantir effectivement le respect de ces droits : à l'État qui ne peut plus être considéré comme "divin" ou "naturel", les droits de l'homme confèrent une légitimité fonctionnelle »¹⁵¹. La promotion philosophique de l'égalité des individus se traduit politiquement par l'idée que chaque personne constitue, à l'identique et à part entière, une parcelle de souveraineté, et donc une instance de légitimation. Dès lors, « la souveraineté monarchique de droit divin s'efface devant la souveraineté nationale. À l'aube du XIXe siècle, la société politique s'incarne dans la *nation*, expression d'une collectivité unifiée et homogène d'individus tous égaux dans leur qualité de *citoyen*. En moins d'un siècle, cette nouvelle architecture politique expérimentée en France va

¹⁴⁹ N. Rouland (dir.), S. Pierré-Caps, J. Poumarède, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996, p. 158.

¹⁵⁰ H. Arendt, *Les origines du totalitarisme – L'impérialisme*, Paris, Seuil, 1982, p. 272. H. Arendt poursuit en précisant que « la pleine implication de cette identification des droits de l'homme aux droits des peuples dans le système européen de l'État-nation n'est apparue au grand jour qu'avec l'apparition soudaine d'un nombre croissant de gens et de peuples dont les droits élémentaires étaient aussi peu protégés par le fonctionnement ordinaire des États-nations au sein de l'Europe qu'ils auraient pu l'être au cœur de l'Afrique » (p. 273).

¹⁵¹ P.-H. Imbert, « L'apparente simplicité des droits de l'homme – Réflexions sur les différents aspects de l'universalité des droits de l'homme », *RUDH*, 1989, p. 20.

connaître une diffusion planétaire et prétendre à un modèle inégalé d'organisation sociale sous la forme de l'État-nation. Le succès de ce dernier est prodigieux. Cela tient, d'une part, à ce que, depuis les Lumières, la nation est associée à l'idée de liberté et apparaît, comme telle, l'instrument de la lutte contre l'ordre dynastique [...] [L]es guerres révolutionnaires et napoléoniennes allaient répandre cette idée que la liberté ne serait vraiment partout réalisée que si chaque nation se dotait d'un État. Expression de cette vocation messianique, le principe des nationalités apparaissait ainsi comme l'aspiration dynamique à l'État-nation »¹⁵². De ce fait, le principe des nationalités « est à la fois révolutionnaire et conservateur. Il est révolutionnaire en tant qu'il s'oppose à l'ordre européen établi par les États monarchiques sur la base de la conquête ou de l'hérédité. Il est conservateur dès lors qu'en légitimant l'État national, il légitime également l'État souverain traditionnel »¹⁵³, « ce faisant il ne touche nullement au système plus ou moins ordonné des relations inter-étatiques déjà en place en cette fin de XVIIIe siècle. Certes consubstantiellement lié à l'idéologie de la souveraineté nationale, il favorise en ce sens l'identification de la nation à l'État, dont il confortera le monopole international, en tant que principe d'organisation de la société politique »¹⁵⁴.

Ce principe des nationalités va gouverner les relations entre les États européens durant tout le XIXe siècle. Il traversera le XXe siècle de façon très influente jusqu'à aujourd'hui. Il incarne le cantonnement de l'égalité au niveau étatique, et son impossibilité constitutive d'acquérir une quelconque dimension supra-étatique par le truchement d'une règle

¹⁵² N. Rouland (dir.), S. Pierré-Caps, J. Poumarède, *op. cit.*, p. 163. La Déclaration des droits devait en effet énoncer « les principes fondamentaux qui doivent servir de base à tous les Gouvernements ». Ce sont les termes même de l'article premier du « projet d'une déclaration des droits et des principes fondamentaux du gouvernement » rédigé par le révolutionnaire et juriste Adrien-Jean-François Duport ; voir Ch. Fauré (éd.) *Les déclarations des droits de l'homme de 1789*, *op. cit.*, p. 154 (cité aussi p. 22). L'éditrice distingue trois figures de l'universalité caractérisant les déclarations des droits rédigés à l'été 1789 : 1) la totalité des hommes et des citoyens, 2) l'universalité française 3) l'universalité religieuse (pp. 19-25). L'universalisme qui nous retient ici est bien sûr le deuxième, car c'est lui qui explique le paradoxe des effets de 1789 sur les relations internationales : en effet l'universalisme à l'œuvre ici vise à exporter un modèle national, et non pas supra-national.

¹⁵³ P. Daillier et A. Pellet (Nguyen Quoc Dinh), *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2002, 7e éd., p. 62. Cité aussi par N. Rouland (dir.), S. Pierré-Caps, J. Poumarède, *op. cit.*, p. 168. Ce dernier ouvrage résume idéalement les raisons de ce conservatisme : « La substitution de la légitimité nationale à la légitimité monarchique de droit divin, opérée par la Révolution française, et la promotion afférente du modèle politique de l'État-nation ne mettaient pas seulement en cause la question du fondement du pouvoir dans l'État. C'est l'ensemble du système interétatique européen qui se trouvait affecté, dans la mesure où son apparente stabilité reposait sur la pérennité monarchique. Y porter atteinte, c'était, par conséquent, prendre le risque de mettre à bas un édifice international dont l'équilibre avait été patiemment tissé pour l'essentiel par un subtil dosage d'alliances matrimoniales et dynastiques. Ce risque fut aussitôt écarté par le recours au principe des nationalités, dont la savante alchimie permit tout à la fois d'assurer la promotion externe de l'État national tout en garantissant les situations acquises, au premier chef, celle de l'irréductibilité de la souveraineté étatique. Par ailleurs en consacrant ainsi l'aspiration d'un groupe social à se constituer en un État spécifique, en révélant en acte une nation à elle-même, le principe des nationalités devait assurer la plus haute réalisation de l'idéal national et doter chaque nation d'un État qui lui fût propre ».

¹⁵⁴ N. Rouland (dir.), S. Pierré-Caps, J. Poumarède, *op. cit.*, p. 168. Voir aussi : S. Pierré-Caps, « Les figures constitutionnelles de l'État-nation », in *Les mutations de l'État-nation en Europe à l'aube du XXIe siècle*, actes du séminaire UniDem (6-8 novembre 1997, Faculté de droit, Université de Nancy), Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1998, pp. 19-42.

internationale. Cette incapacité concerne autant la question de l'origine, c'est-à-dire le rang de l'égalité, que la question de l'objet ou plus exactement le champ de l'égalité.

Si la tradition classique admettait bien qu'il dût y avoir une obligation constitutionnelle pesant sur le législateur au regard du principe d'égalité devant la loi, elle ne pouvait pas envisager qu'un tel impératif ait pu trouver sa source dans un droit extra-étatique, dans la mesure où l'État-nation incarne le lieu indépassable de l'émancipation libérale¹⁵⁵.

L'idée d'égalité entre les hommes se réduit à une égalité entre les nationaux qui, dans l'ordre international, s'épuise elle-même, une fois la souveraineté nationale réalisée par le biais du principe des nationalités, dans l'idée de l'égalité souveraine des États. L'égalité individuelle ne trouve ainsi pas d'espace problématique au-delà du cadre national. Si une égalité de traitement doit avoir lieu, elle ne peut qu'être une égalité entre nationaux. La soumission à une obligation d'égalité de traitement ne peut alors formellement relever que du seul droit interne, dans la mesure où celui-ci se pose, dans ses rapports avec ses ressortissants, comme souverain vis-à-vis de toute règle externe.

Dès lors, le statut de l'individu en droit international est structuré par un principe de différenciation : la séparation entre le national et le non-national.

B. L'introuvable coutume d'une égalité individuelle : la différenciation entre nationaux et étrangers

Il existait sans doute une branche du droit international général qui avait, particulièrement au cours du XIXe siècle et sous la pression des grandes puissances, pour objet la protection d'individus : nous pensons bien sûr aux règles concernant la condition des étrangers¹⁵⁶. Ce domaine du droit international non-conventionnel aurait pu être l'occasion d'une genèse coutumière de l'idée d'égalité individuelle ; il n'en a rien été : celui-ci ne fait, au

¹⁵⁵ Comme le relève H. Arendt « la raison pour laquelle le concept de droits de l'homme a été traité comme une sorte de parent pauvre par la pensée politique du XIXe siècle [...] semble claire : les droits civiques – c'est-à-dire les droits des citoyens, variables selon les différents pays – étaient supposés incarner et énoncer sous la forme de lois concrètes les éternels droits de l'homme, lesquels étaient supposés indépendants de la citoyenneté et de la nationalité. Tous les êtres humains étaient citoyens d'une certaine forme de communauté politique ; si les lois de leur pays ne répondaient pas aux exigences des droits de l'homme, ils étaient supposés les changer, par le biais de la législation dans les pays démocratiques, ou de l'action révolutionnaire dans les régimes dictatoriaux » ; H. Arendt, *Les origines du totalitarisme – L'impérialisme*, Paris, Seuil, 1982, p. 275.

¹⁵⁶ A. Verdross, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *RCADI*, 1931, pp. 325-407. L'auteur de l'école de Vienne est l'un des rares à avoir consacré une monographie à la condition des étrangers (du temps de la Société des Nations) ; A.-Ch. Kiss, « La condition des étrangers en droit international et les droits de l'homme », *Mélanges W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1972, tome I, pp. 499-511.

contraire, que confirmer le constat de son exclusion des règles internationales universelles¹⁵⁷. Ceci peut sembler d'autant plus paradoxal que la doctrine dégage en la matière une règle fondamentale selon laquelle, pour déterminer le statut de l'étranger, il suffirait d'appliquer à l'étranger « le principe d'égalité de traitement »¹⁵⁸ avec les nationaux. Une telle dénomination est pour le moins surprenante au regard des développements précédents.

Cette appellation est trompeuse ; en réalité, elle est même erronée. Le principe ainsi désigné ne vise nullement à établir une égalité c'est-à-dire un droit commun, il a pour rôle de garantir des droits spéciaux (à l'étranger). Pour pouvoir parler d'égalité, et plus exactement pour affirmer que ladite égalité est posée en tant que norme, il faudrait qu'elle puisse être invoquée indifféremment par les deux protagonistes de la relation qu'elle protège : le national ou l'étranger¹⁵⁹. Or, les bénéficiaires de la règle en question sont uniquement les étrangers. C'est bien la preuve qu'une telle règle a pour objet de garantir non pas un traitement égal, mais un traitement spécial. Elle n'est d'ailleurs, ce qui confirme notre analyse, pas une règle de fond mais un pur moyen par lequel on présume¹⁶⁰ le respect de droits spéciaux¹⁶¹ accordés aux étrangers, ordinairement désigné comme le "standard international de civilisation" et par la suite "standard international minimum".

Verdross l'exprime très clairement : « le principe général en notre matière ne dit pas du tout que les étrangers doivent être traités de la même manière que les nationaux. Les règles internationales sur notre sujet ne se réfèrent pas en principe, à la situation juridique des nationaux. Elles ont au contraire, une teneur qui leur est propre ». Ainsi la question souvent posée de savoir si les étrangers doivent être traités identiquement ou différemment par rapport aux nationaux « est viciée par une faute fondamentale, en oubliant qu'il n'existe pas de base commune qui permette de répondre à cette demande, car la situation internationale des

¹⁵⁷ Pour conclure à un tel constat, nous analysons le contenu du statut des étrangers (et de ses rapports avec les nationaux) en droit international général, c'est-à-dire son objet. Notre diagnostic ne découle pas du fait que le moyen procédural par lequel l'individu peut obtenir le respect de ces règles est celui de la protection diplomatique, et qu'en tant que tel, ce ne serait pas le droit de l'individu que l'on fait respecter mais, à travers lui, le droit de l'État dont il est le ressortissant, et en dernière analyse le droit international lui-même. Quelle que soit la construction théorique qui soutient le mécanisme de garantie, ce qui nous importe quant à nous, c'est de prendre acte du fait que les étrangers font l'objet d'une protection. Mais, nous verrons qu'elle ne repose en aucun cas sur une norme qui leur accorderait une quelconque égalité de traitement.

¹⁵⁸ Voir par exemple : L. Cavaré, *Le droit international public positif*, Paris, Pédone, 1951, tome I, p. 234.

¹⁵⁹ C'est en cela qu'il n'est pas possible de voir dans le régime des étrangers une éventuelle genèse de la protection de l'égalité individuelle par le droit international. Bien sûr, à un niveau purement moral, ces règles, comme l'indique Verdross, « se basent sur l'idée chrétienne de la personnalité humaine qui doit être reconnue et respectée partout » (*op. cit.*, p. 332) ; ce qui permet à A.-Ch. Kiss d'y voir la préfiguration de la garantie des droits de l'homme (*op. cit.*, p. 502). On sait combien au cœur de cette idée se trouve l'idée d'une égalité universelle. Cependant une telle constatation d'ordre idéologique est insuffisante à former un antécédent historique d'une garantie véritablement juridique de l'idée d'égalité protégée (normativement) en tant que telle.

¹⁶⁰ « Le principe de l'égalité de traitement a pour base la présomption de la conformité du droit interne au droit international qui ne se vérifie pas toujours » (les exigences de ce droit international : c'est le standard international minimum) : L. Cavaré, *op. cit.*, p. 234.

¹⁶¹ Ces règles peuvent être qualifiées de spéciales en ce qu'elles ne sont pas communes aux nationaux. Elles se sont communes qu'aux étrangers.

étrangers est réglée par le droit des gens ; tandis que la condition des nationaux est déterminée par le droit interne. Il s'agit donc d'une mesure différente dans l'un et l'autre cas ». Ainsi, dans l'hypothèse où la condition des nationaux est inférieure au standard juridique minimum, « un État ne peut pas imposer ce niveau de son ordre interne aux étrangers »¹⁶². La Cour permanente de justice internationale a eu l'occasion de le dire expressément, dans son arrêt du 25 mai 1926 relatif à *certaines droits et intérêts allemands en Haute Silésie polonaise* : une mesure défendue par le droit international commun « ne saurait devenir légitime [...] du fait que l'État l'applique aussi à ses propres ressortissants »¹⁶³.

Anzilotti développe très explicitement la même argumentation, et démontre très bien que l'égalité dont il est question n'en est pas une : « L'égalité entre nationaux et étrangers ne signifie pas que l'État soit libre de traiter les étrangers comme bon lui semble, pourvu que le même traitement soit accordé aux nationaux. Elle ne sert qu'à déterminer la situation juridique concrète dont jouissent les étrangers, en présupposant la reconnaissance de l'application de certains principes fondamentaux, qui seuls permettent aux États de se contenter de ladite égalité, et même de ne pas y prétendre dans tous les cas. L'important au point de vue du droit international ce n'est pas l'égalité entre nationaux et étrangers, c'est la reconnaissance et le respect de ces principes [...] Comme ils constituent les garanties essentielles de l'organisation des sociétés modernes, il n'y a pas lieu de craindre qu'un État veuille les méconnaître vis-à-vis de ses propres sujets. Et c'est pour cela qu'on se contente, dans la généralité des cas, de la formule de l'égalité de traitement, qui assure aux étrangers la jouissance d'une condition juridique conforme aux dits principes. Mais s'il arrivait qu'un État, pour des raisons quelconques, les méconnût dans ses rapports avec ses propres sujets, son devoir de les respecter vis-à-vis des étrangers subsisterait dans toute sa force »¹⁶⁴. On ne saurait illustrer de manière plus patente qu'il ne s'agit nullement d'établir un droit commun, il ne s'agit aucunement d'égalité. La genèse de l'égalité individuelle doit plutôt être trouvée dans le droit international conventionnel.

¹⁶² A. Verdross, *op. cit.*, pp. 350-351.

¹⁶³ CPJI, arrêt du 25 mai 1926 relatif à *certaines droits et intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, Série A n° 7, p. 33. Dans le même sens à l'époque : Tribunal arbitral entre les États-Unis et le Mexique, *American Journal of international law*, XXI, 1927, p. 167, 361.

¹⁶⁴ D. Anzilotti, *Recueil des cours de l'Académie*, 26, 1929, p. 457 (cité par A. Verdross, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *RCADI*, 1931, pp. 325-407).

§ 2. Le contenu de la réception : la protection duale de l'égalité de traitement dans les traités de protection des minorités

La réception de l'égalité par le droit international conventionnel¹⁶⁵ s'est réalisée de façon très progressive au travers des traités de protection des minorités¹⁶⁶. Elle est allée dans le sens d'une garantie toujours plus étendue, d'un champ d'application toujours plus large. Elle se laisse diviser en deux grandes étapes. La première va de 1815 à 1918-1920 : elle est marquée par la politique des Congrès menée par le concert européen des grandes puissances. C'est, pour l'égalité, une phase de réception encore embryonnaire : l'internationalisation de l'égalité y demeure partielle voire fragmentaire et reste, en résumé, cantonnée au très classique domaine de l'égalité religieuse (A). La seconde étape court de 1920-23 à 1945-48 : elle est caractérisée par un système de traités imposés par les Alliés dans le cadre de la paix signée à Versailles. C'est, pour l'égalité, une phase qui marque sa réception définitive dans l'ordre international et se présente à la fois comme un aboutissement et le début d'un tournant (B). Elle s'identifie sommairement par l'apparition de clauses plus générales ou quasi-générales d'égalité de traitement.

A. L'apparition de clauses spéciales d'égalité de traitement en matière religieuse dans les grands Congrès du XIXe siècle

L'élargissement de l'interdiction de la prise en compte du critère de la religion durant tout le XIXe siècle a trouvé une puissante limite dans la possibilité de prise en compte du critère de la nationalité (2) ; le second ne s'effaçant devant le premier, durant toute cette période, que pour la question très circonscrite de la liberté du culte. Autrement dit, l'élargissement en question n'a concerné que les nationaux d'un État, établissant ainsi une dualité dans le régime de l'égalité religieuse (1).

¹⁶⁵ J.-F. Flauss, « La protection des droits de l'homme et les sources du droit international », in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international, actes du XXXIe colloque de la Société française pour le droit international (SFDI) à Strasbourg (mai 1997)*, Paris, Pédone, 1998 : « Historiquement, les premières règles internationales de protection des droits de l'homme ont été consacrées par voie conventionnelle », p. 14.

¹⁶⁶ L'ouvrage de référence dans les développements qui vont suivre sera principalement celui de J. Fouques-Duparc, *La protection des minorités de race, de langue et de religion*, thèse Droit, Paris, Dalloz, 1922. Voir également : F. Carpotori, *Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, Série d'études sur les droits de l'homme, n°5, Nations Unies, 1991, notamment l'introduction ; A. de Balogh, *La protection internationale des minorités*, Paris, Les Éditions internationales, 1930 ; I.H. Bagley, *General Principles and Problems in the Protection of Minorities*, Genève, Imprimeries Populaires, 1950. Voir encore : W. Mc Kean, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 14-45 ; E.W. Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law, with special reference to Human Rights*, The Hague, Nijhoff, 1973, pp. 140-165.

1. L'élargissement progressif du champ d'application de l'égalité religieuse

« L'action concertée des grandes puissances qui s'exprimera, tout au long du XIXe siècle, par la politique des Congrès et qui prendra la forme du *Concert européen*, est avant tout l'expression d'intérêts étatiques convergents, essentiellement soucieux de contrôler les inévitables évolutions de la société internationale pour mieux préserver l'essentiel : la stabilité des relations internationales après deux décennies de soubresauts révolutionnaires. Mais le concert européen justifiera aussi son institutionnalisation et son action par l'idée d'un véritable intérêt supérieur international, lequel s'incarnera à son tour dans la promotion de principes collectifs transcendant l'égoïsme étatique. Ces derniers ne sont pas seulement dictés par la conscience d'intérêts communs liés aux évolutions techniques : qu'il s'agisse des transports ou des communications. Ils figurent aussi l'émergence d'une communauté internationale cimentée par des principes universels supérieurs à la souveraineté étatique. Même si ce deuxième aspect ne concerne que le théâtre européen et n'exprime rien d'autre qu'une entente entre grandes puissances, le phénomène est nettement perceptible dès le Congrès de Vienne »¹⁶⁷.

Le premier de ces principes prééminents à avoir ainsi accès, pour la première fois de l'ère moderne¹⁶⁸, au rang international, c'est l'obligation d'égalité de traitement en matière de liberté religieuse, lors du Congrès de Vienne, à l'occasion de l'accord du 21 juillet 1814,

¹⁶⁷ N. Rouland (dir.), S. Pierré-Caps, J. Poumarède, *op. cit.*, p. 164.

¹⁶⁸ Certains auteurs font remonter la protection internationale des droits de l'homme au Traité de Westphalie qui mit fin, en 1648, à la guerre de Trente ans. Mais comme le fait très justement remarquer J. Fouques-Duparc : « L'on a dit de ces traités qu'ils établissaient la liberté religieuse ; ils l'établissaient pour les princes, non pour les sujets, *Cujus regio, ejus Religio* : ce principe devait être la règle, jusqu'à la Révolution française... », in J. Fouques-Duparc, *La protection des minorités de race, de langue et de religion*, thèse Droit, Paris, Dalloz, 1922, p. 74. Plus exacte pourrait être la référence au Traité d'Olivia du 3 mai 1660 mettant fin à la guerre entre le roi de Suède Charles X et le roi de Pologne Jean Casimir. Ce traité maintenait la division de la Poméranie en deux territoires relevant de deux souverainetés différentes, suédoise à l'ouest, brandebourgeoise à l'est. Son article 2 § 3 disposait : « Les cités de la Prusse royale qui, du fait de cette guerre, sont devenues la propriété de Sa Majesté royale et du Royaume de Suède, conserveront tous les droits, libertés et privilèges dont elles avaient la jouissance avant cette guerre, soit dans le domaine ecclésiastique, soit dans le domaine profane (l'exercice de la religion catholique et évangélique demeurant libre, comme il était avant la guerre, dans les cités mentionnées ci-dessus) » ; cit. in J. Fouques-Duparc, *op. cit.*, p. 76. Sept traités de ce type suivront le Traité d'Olivia jusqu'au Congrès de Vienne de 1815 ; voir J. Fouques-Duparc, *op. cit.*, pp. 76-80. Comme le souligne l'auteur, « les garanties qui se trouvent dans les traités de cession ne concernent que les habitants des territoires cédés. Elles ont un caractère strictement territorial, et peuvent se résumer dans la formule : *statu quo ante bellum* en ce qui concerne les droits religieux de ces sujets » (p. 75). Certes, c'est déjà là la prémisse incontestable de l'idée secrétée par la Réforme d'une liberté (de conscience) religieuse qui est égale pour tous. Cependant les traités de cession, sous l'unique forme d'un accord bilatéral, sont l'expression d'une servitude territoriale, au sens étroit du terme, qui était la seule construction juridique « à même de préserver l'intégrité du principe de l'unité de foi dans l'État » (*ibid.*). En effet, ces clauses avaient justement pour conséquence de soustraire les minorités concernées à la sujétion du Prince en matière religieuse. Limitées aux seuls habitants des territoires cédés, ces clauses ne procédaient pas encore de cette conviction bien plus large, politiquement révélée un siècle plus tard, d'une égalité fondamentale entre tous et donc identiquement distribuée à tous les sujets de droit, et non pas uniquement limitée à une partie du territoire. C'est pourquoi il faudra attendre le XIXe siècle pour trouver la véritable première consécration internationale de l'idée moderne d'égalité, inséparable de la philosophie libérale qui la sous-tend.

fixant la réunion de la Belgique aux Pays-Bas. Elle apparaît, en effet, comme une garantie internationale s'imposant à la Constitution hollandaise : « Il ne sera rien innové aux articles de cette Constitution qui assurent à tous les cultes une protection et une faveur égales et garantissent l'admission de tous les citoyens quelle que soit leur croyance religieuse, aux emplois et offices publics »¹⁶⁹. Le Congrès de Vienne, dans le protocole du 29 mars 1815¹⁷⁰, a été encore plus précis concernant la protection des catholiques de la Savoie, rattachés à la République de Genève de tradition protestante.

Ayant conquis son indépendance, la Grèce fut admise au sein du Concert européen lors de la Conférence de Londres en 1830, laquelle eut à fixer les règles qui devaient s'imposer à son organisation. Les lignes finales du protocole n° 3 du 3 février 1830 établissaient notamment que « tous les sujets de ce nouvel État, quelle que soit leur religion, pourront être admis à tous les emplois publics, fonctions et honneurs et devront être traités sur le pied d'une parfaite égalité, indépendamment de leur foi, dans toutes leurs relations religieuses civiles et politiques »¹⁷¹. Ici s'amorce un mouvement qui opère un élargissement progressif du champ d'application de l'égalité religieuse. Alors qu'à la Conférence de Vienne, l'égalité était classiquement circonscrite aux seules hypothèses de la pratique du culte ou de l'accès aux emplois publics, avec la Conférence de Londres, l'interdiction de la discrimination religieuse connaît une extension de son champ d'application puisqu'elle s'étend désormais à toutes les relations civiles et politiques. Le Congrès de Berlin confirmera cette tendance.

Imposé par les puissances européennes à la Russie qui s'était assurée des avantages décisifs dans les Balkans en contraignant les Ottomans à souscrire aux préliminaires de paix de San Stefano, le Congrès de Berlin de 1878 devait se préoccuper une fois encore du sort des minorités chrétiennes de l'Empire ottoman, mais aussi de diverses minorités religieuses, au sein d'États nouvellement indépendants ou autonomes par rapport à l'Empire ottoman.

Dans le premier cas, l'article 62 du Traité de Berlin fait du critère de la religion un critère général d'égalité de traitement, en ce sens qu'il s'applique à l'exercice de tous les droits : « Dans aucune partie de l'empire ottoman, la religion ne pourra être opposée à personne comme un motif d'exclusion ou d'incapacité, en ce qui concerne l'usage des droits civils et politiques, l'admission aux emplois publics, fonctions et honneurs, ou l'exercice des différentes professions et industries. Tous seront admis, sans distinction de religion, à

¹⁶⁹ Cit. in J. Fouques-Duparc, *op. cit.*, p. 82.

¹⁷⁰ Parmi les nombreuses dispositions visant à protéger la liberté religieuse, le § 9 de l'article 3 dispose : « Les habitants des territoires cédés sont pleinement assimilés pour les droits civils et politiques aux genevois de la ville » ; cit. in J. Fouques-Duparc, *op. cit.*, p. 84.

¹⁷¹ Cit. in J. Fouques-Duparc, *op. cit.*, p. 90.

témoigner devant les tribunaux. La liberté et la pratique extérieure de tous les cultes sont assurées à tous »¹⁷².

Dans le cas des entités balkaniques émancipées par les traités, cette clause y sera presque reproduite à l'identique : la Bulgarie (article 5), le Monténégro (article 7), la Serbie (article 35), la Roumanie (article 44) sont de la sorte internationalement contraints, afin de protéger les musulmans de Bulgarie et du Monténégro ou encore les Juifs de Serbie et de Roumanie, de respecter une clause proscrivant toute discrimination fondée sur la religion. Ainsi par exemple, la Bulgarie est liée par un article 5 ainsi libellé : « La distinction des croyances religieuses et des confessions ne pourra être opposée à personne comme un motif d'incapacité en ce qui concerne la jouissance des droits civils et politiques, l'admission aux emplois publics, fonctions et honneurs ou l'exercice des différentes professions et industries, dans quelque localité que ce soit. La liberté et la pratique extérieures de tous les cultes sont assurées à tous les ressortissants de la Bulgarie, aussi bien qu'aux étrangers... »¹⁷³.

Cet article amène les observations suivantes. C'est certainement encore un principe spécial d'égalité qui est formulé ici, en ce sens qu'il prohibe la seule discrimination religieuse et en ce sens qu'il s'adresse pour sa plus large part aux seuls nationaux.

Cependant, c'est aussi déjà un principe général d'égalité qui commence à poindre, dans la mesure où se confirme l'évolution déjà constatée de l'extension du champ d'application de l'égalité religieuse. Cet accroissement de son champ normatif va dans deux directions.

D'une part, même si elle ne concerne *ratione personae* que les seuls nationaux, l'interdiction de la discrimination religieuse s'étend *ratione materiae* à l'ensemble des droits civils et politiques. Cet élargissement des droits concernés constitue le premier aspect de généralisation du champ normatif de la clause d'égalité religieuse.

D'autre part, même si elle ne concerne *ratione materiae* que le droit à la liberté du culte, la prohibition de toute discrimination dans ce domaine vise *ratione personae*, de façon explicite, tant les nationaux que les étrangers. Ce débordement au-delà du cadre national forme le deuxième axe de généralité du champ normatif de la clause d'égalité religieuse. En effet, quand les plénipotentiaires ont transposé l'article 62 du Traité de Berlin dans les conventions destinées à régir la situation minoritaire dans les Balkans, les signataires n'ont pas exactement reproduit cet article à l'identique. Là où l'article 62 se contente de dire que « La liberté et la pratique extérieure de tous les cultes sont assurées à tous... », l'article 5 pour la Bulgarie (ou par exemple encore l'article 44 pour la Roumanie) explicite qu'elles « sont assurées à tous les ressortissants de la Bulgarie [ou de la Roumanie], aussi bien qu'aux

¹⁷² *Ibid.*, p. 93.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 94.

étrangers... »¹⁷⁴. Cette précision est nécessitée par la situation particulière des Balkans, caractérisés par l'imbrication des nationalités sur un même territoire. L'application de l'égalité de traitement en matière de culte n'est pas une innovation ; c'est même, depuis le Traité d'Olivia du 3 mai 1660, le plus classique de ses domaines de mise en œuvre par le droit conventionnel. Cependant, si les grandes puissances ont cru bon de préciser que la liberté du culte est garantie non seulement aux ressortissants de l'État mais aussi aux étrangers, c'est par exception à l'idée selon laquelle il n'y a d'égalité juridique qu'entre nationaux. En effet, une telle explicitation est révélatrice *a contrario* de la compréhension de la protection de l'égalité par le droit international de l'époque ; nous y reviendrons plus tard. Retenons pour l'instant que c'est une exception notable à l'idéologie de l'État-nation. C'est même très exactement le seul aspect de l'égalité qui y a résisté. Il porte encore la marque rémanente du *jus gentium* pré-moderne mais annonce déjà la logique post-moderne, pour le droit international, de l'universalisme de la protection des droits de l'homme.

L'échec de ce dispositif dans les Balkans, particulièrement en Roumanie¹⁷⁵, amènera les grandes puissances à dépasser l'équivoque de 1878 en ne mentionnant plus les titulaires de l'égalité de traitement en termes de nationalité. En effet, la Convention internationale de Constantinople du 24 mai 1881, qui avalise la rectification de frontières en faveur de la Grèce, comporte des dispositions protectrices de la situation des musulmans ainsi rattachés à la Grèce. L'article 3 *in fine* adopte, quant à ses destinataires, la terminologie suivante : les « habitants des localités cédées à la Grèce [...] jouiront entièrement des mêmes droits civils et politiques »¹⁷⁶. Remarquons que si cette formulation ne fait pas formellement allusion à la religion, cette absence est purement littérale, les habitants visés en réalité sont les musulmans des territoires cédés à la Grèce¹⁷⁷. Dans ces conditions, la protection internationale de l'égalité à la fin du XIXe siècle se comprend principalement encore comme la garantie d'une égalité religieuse qui, dans le droit fil du Traité de Berlin, couvre tous les droits civils et politiques. La neutralité du terme "habitant" ne traduit pas encore une volonté de laïcisation de l'égalité, mais illustre bien plutôt une tentative – certes audacieuse et inédite, mais aussi tardive et isolée – de refus d'être contournée par les règles de nationalité. Celles-ci ont, en effet, pendant la majeure partie du XIXe siècle, permis d'exclure en tant qu'étrangers les minorités religieuses de la plus grande partie des clauses d'égalité religieuse. C'est pourquoi il est nécessaire d'y revenir un instant.

¹⁷⁴ Les crochets à l'intérieur de la citation sont ajoutés par nous.

¹⁷⁵ Voir *infra* p. 76.

¹⁷⁶ L'article 3 *in extenso* se lit comme suit : « La vie, les biens, l'honneur, la religion et les coutumes de ceux des habitants des localités cédées à la Grèce, qui resteront sous l'administration hellénique, seraient scrupuleusement respectés. Ils jouiront entièrement des mêmes droits civils et politiques » ; cit. in J. Fouques-Duparc, *op. cit.*, p. 96.

¹⁷⁷ Le reste du traité vise d'ailleurs la religion expressément, notamment pour ce qui concerne les questions qui touchent à la pratique du culte des musulmans : l'article 8 dudit traité commence de la sorte : « La liberté ainsi que la pratique extérieure du culte sont assurées aux musulmans dans les territoires cédés à la Grèce... » ; *ibid.*

2. Les limites à l'élargissement de la clause d'égalité religieuse : les enseignements de l'échec de la protection des Juifs de Roumanie

Profitant de ce que la question de la nationalité ne fut pas réglée par les traités du Congrès de Berlin, la Roumanie établit une législation ultra restrictive à l'égard des étrangers. À travers eux, c'étaient en réalité les seuls Juifs vivant en Roumanie qui étaient frappés. En dehors de la liberté du culte, qui était, nous l'avons vu, l'unique élément explicitement garanti aux étrangers, la Roumanie a pu, par le biais d'une discrimination indirecte, exclure les Juifs de toutes les dispositions libérales que les puissances avaient cru établir en leur faveur¹⁷⁸.

Et pourtant, cette situation n'était absolument pas nouvelle : plus encore, cette discrimination indirecte généralisée n'était elle-même que la continuation et la répétition de la violation caractérisée, depuis une vingtaine d'années, du Traité de Paris du 19 août 1858, par lequel les puissances européennes réglaient l'organisation des Principautés de Moldavie et de Valachie et entendaient déjà protéger les minorités juives qui y vivaient. L'article 46 de ce traité les garantissait ainsi contre des inégalités de traitement dans le domaine de leurs droits civils (et incitait à l'adoption d'une législation pour une égalité de traitement en matière de droits politiques) : « Les Moldaves et les Valaques seront tous égaux devant l'impôt et également admissibles aux emplois publics dans l'une et dans l'autre Principautés [...] Les Moldaves et les Valaques de rites chrétiens jouiront également des droits politiques ; la jouissance de ces droits politiques pourra être étendue aux autres cultes par des dispositions législatives ».

Pourtant la persécution des Juifs, par le biais de la discrimination indirecte, allait toujours croissant. Les consuls des États signataires de la Convention de Paris remirent alors individuellement¹⁷⁹ au gouvernement roumain une note rédigée le 15 février 1870 par l'Angleterre. Ce document nous donne une lecture particulièrement éclairante pour la compréhension de l'article 46 par les plénipotentiaires : « Le Gouvernement roumain et les Chambres feront bien de se rappeler que, non seulement ils sont responsables devant l'opinion publique de l'Europe des mauvais traitements subis par les Juifs des Principautés, mais que les Puissances européennes ont le droit, en vertu de la Convention de Paris de 1858, qui a réglé l'organisation des Principautés de Moldavie et de Valachie, de demander l'exécution de l'article 46 de cette Convention, qui prescrit pour les Juifs comme pour les Chrétiens, une

¹⁷⁸ La Roumanie avait "verrouillé" la discrimination en rendant quasiment impossible la possibilité d'acquisition de la nationalité roumaine. La législation roumaine était particulièrement discriminatoire puisque l'école primaire, gratuite pour les Roumains, était payante pour les étrangers et surtout, progressivement, la quasi-totalité des métiers leur étaient interdits de sorte que ce régime a provoqué l'exode en masse des Juifs vers d'autres États, particulièrement les États-Unis. Sur cette question des Juifs de Roumanie : voir notamment J. Fouques-Duparc, *op. cit.*, pp. 98-104.

¹⁷⁹ Se retranchant derrière le principe de non-intervention, l'Allemagne s'opposa à ce que cette note rédigée par Lord Clarendon fût considérée comme une note collective et remise en tant que telle à la Roumanie ; voir J. Fouques-Duparc, *op. cit.*, p. 103.

égalité complète pour les droits légaux et fiscaux, aussi bien que pour la liberté des personnes et la sécurité des biens ; et, quoique la Convention n'ait accordé les droits politiques qu'aux seuls Chrétiens, elle a laissé la porte ouverte pour que les Principautés étendent spontanément ces droits aux adhérents de toutes autres religions, ce qui implique de la part des Puissances le vœu de les voir aussi étendus... »¹⁸⁰. Dans le contexte du XIXe siècle, une telle interprétation ne s'impose avec la force d'évidence que si les destinataires de l'égalité possèdent la même nationalité. C'est ce que comprit très bien la Roumanie qui s'était engagée à ne pas frapper les Juifs en tant que dissidents religieux mais y parvenait spécieusement en tant qu'étrangers, hormis l'hypothèse explicite de la pratique du culte. En effet, bien que vivant sur le territoire de la Roumanie, les Juifs n'avaient pas la nationalité de la Roumanie qui s'employait à tout faire pour ne pas la leur accorder. Les interventions des États européens entre 1866 et 1878, ainsi que celles des États-Unis en 1872, n'empêchèrent pas la dégradation de plus en plus massive de la situation des Juifs en Roumanie.

Le Traité de Berlin signé en 1878 ne changea malheureusement rien à ce constat. Certes, son article 44 confirmait l'évolution que l'on pouvait pressentir à la lecture de la note de 1870, à savoir que le critère de la religion était érigé en un critère général de non-discrimination : « En Roumanie, la distinction des croyances religieuses et des confessions ne pourra être opposée à personne comme un motif d'incapacité en ce qui concerne la jouissance des droits civils et politiques, l'admission aux emplois publics, fonctions et honneurs ou l'exercice des différentes professions et industries, dans quelque localité que ce soit. La liberté et la pratique extérieures de tous les cultes sont assurées à tous les ressortissants de l'État roumain, aussi bien qu'aux étrangers... »¹⁸¹.

Cependant l'article 44 confirmait en même temps les limites infranchissables pour la garantie de l'idée d'égalité par le droit international. Le Traité de Berlin répétait en effet la même erreur que l'article 46 du Traité de Paris, vingt ans plus tôt. Il visait bien les minorités juives de Roumanie, mais omettait de régler la question préjudicielle de leur nationalité... à moins que l'égalité posée par ces traités eût pu être comprise comme ayant un effet supra- (extra- ou trans-) national, soit pour le dire encore plus simplement, un effet universel. Or une telle compréhension de l'égalité était purement impensable pour la conscience politique et juridique de l'époque. Pour celle-ci, l'égalité est incapable d'acquiescer à une quelconque signification, en dehors ou au-delà du cadre national.

L'égalité devant la loi, même réduite à la seule égalité religieuse devant la loi, c'est-à-dire les droits civils les plus fondamentaux, tels que la liberté des personnes ou la sécurité des biens, ne peut être pensée qu'à l'intérieur du cadre national, celui de l'État-nation. Pour

¹⁸⁰ *Ibid.*, pp 103-104.

¹⁸¹ *Ibid.*, p 105.

bénéficiaire d'une protection sur le fondement de l'égalité de traitement, il faut être un national¹⁸².

C'est bien là l'illustration de l'affrontement annoncé entre deux logiques : l'égalité entre les personnes (souveraines) et l'égalité entre les États (souverains). Le droit international classique triomphant de la fin du XIXe siècle ne donne sens à la première qu'à l'intérieur de la seconde. Dès lors l'égalité religieuse « devant l'impôt » et les « emplois publics » (Traité de Paris) ou « dans la jouissance des droits civils et politiques » (Traité de Berlin) n'est une garantie internationale d'égalité qu'entre les seuls nationaux. L'égalité dont il est question ici ne relève pas encore de la logique d'une protection universelle des droits de l'homme, quelle que soit la nationalité de ce dernier. La présente égalité n'a encore pour fonction que d'universaliser les droits à l'intérieur de l'État. Parce que, s'il était encore besoin de le répéter, en cette deuxième moitié du XIXe siècle, au regard du droit international, ce sont les droits de l'État qui sont au fondement des droits de la personne et non pas l'inverse.

La garantie internationale des minorités, qui est en train de naître, ne se préoccupe de la protection de l'individu qu'une fois la question de son rattachement à l'État résolue. Cette question n'étant pas réglée par les traités de 1858 et 1878, le positivisme étatique dominant empêchait d'envisager une égalité de traitement dont la garantie s'étendait au-delà des seuls nationaux. Cette incapacité de la Conférence de Berlin à tirer les enseignements de l'échec du dispositif conventionnel mis en place à la Conférence de Paris, est la preuve flagrante de l'incapacité constitutive de l'égalité à acquérir une quelconque dimension supranationale du fait de l'idéologie positiviste de l'État-nation. Elle montre les limites de l'élargissement de la clause d'égalité religieuse par une égalité strictement nationale. Ainsi, le régime de l'égalité religieuse durant tout le XIXe siècle se caractérise par son aspect dual : d'un côté, une égalité religieuse entre nationaux et étrangers qui se restreint à la liberté du culte et d'un autre côté, une égalité religieuse entre nationaux qui s'étend à l'ensemble des droits civils et politiques. Ce dualisme induit par le critère de la nationalité va d'ailleurs perdurer dans les clauses d'égalité de traitement mises en place par les traités de minorités du début du XXe siècle (1918-1920).

B. L'apparition de clauses générales ou quasi-générales d'égalité de traitement dans les traités de minorités du début du XXe siècle (1918-1920)

À la lecture des textes des traités de minorités signés au lendemain de la première guerre mondiale¹⁸³, il ressort que la protection de l'égalité opère beaucoup plus un

¹⁸² Pour reprendre une formule de H. Arendt « personne ne s'était rendu compte que le genre humain, depuis si longtemps conçu à l'image d'une famille de nations avait atteint le stade où quiconque était exclu de l'une de ces communautés fermées si soigneusement organisées, se trouvait du même coup exclu de la famille des nations » ; H. Arendt, *Les origines du totalitarisme – L'impérialisme*, Paris, Seuil, 1982, pp. 276-277.

changement de degré que de nature. L'égalité continue d'élargir quantitativement son champ normatif, du côté des nationaux comme des étrangers. Elle s'émancipe de son aspect exclusivement religieux à l'égard des nationaux qui bénéficient maintenant d'une clause générale d'égalité de traitement, mais reste classiquement attachée au critère de la religion à l'égard des étrangers qui jouissent d'une clause spéciale élargie d'égalité religieuse (1).

En revanche, le constat est tout autre au terme de la jurisprudence occasionnée par ces traités qui faisaient, sous certaines conditions, l'objet d'une garantie juridictionnelle par la Cour permanente de justice internationale. La Cour de La Haye est en effet à l'origine d'une véritable transformation qualitative de l'égalité par l'interprétation qu'elle en a faite, en lui donnant une signification audacieuse qui a rompu avec l'acception classique de l'égalité prévalant jusque-là (2).

1. Un élargissement décisif du champ d'application de l'égalité par les traités de minorités

Le système de protection minoritaire¹⁸⁴ imposé par les Alliés est sensiblement le même pour tous les pays qui y étaient soumis. Il reposait sur trois catégories de dispositions qui s'adressaient respectivement à des titulaires distincts. La première catégorie visait aussi bien les ressortissants que les non-ressortissants de l'État, elle concernait donc tous les habitants vivant sur le territoire faisant l'objet du traité. La seconde catégorie ne s'appliquait qu'aux seuls ressortissants de l'État, qu'ils fassent partie de la population majoritaire ou minoritaire. La troisième catégorie enfin ne concernait que les ressortissants minoritaires. Les deux premiers groupes de droits comportent chacun une disposition relative à l'égalité de traitement, à la différence du dernier groupe qui a pour objet d'accorder des droits spéciaux.

Dans la première hypothèse, celle où les destinataires sont autant les nationaux que les étrangers, on trouve une stipulation interdisant des discriminations ayant trait au droit à la vie, à la liberté individuelle et religieuse. La disposition type qui sera reproduite par l'ensemble des autres traités¹⁸⁵ est à cet égard l'article 2 du traité conclu avec la Pologne : « Le

¹⁸³ Publiés pour une grande partie au Journal officiel de l'époque : voir *JORF* du 26 août 1921, p. 9888 *sqq.* (concernant les traités signés en 1919 avec la Tchécoslovaquie, l'État serbe-croate-slovène et la Roumanie) et du 29 mai 1922, pp. 5574 *sqq.* (concernant le traité signé en 1920 avec la Hongrie).

¹⁸⁴ Pour un aperçu : L. Moltesen, « La Société des Nations et la protection des minorités », in P. Munch (dir.), *Les origines et l'œuvre de la Société des Nations*, tome II, Copenhague, Gyldendaske Boghandel – Nordisk Forlag, 1924, pp. 296-323 ; A. Fenet (dir.), *Le droit et les minorités, analyses et textes*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 26-30 ; J. Verhoeven, « Les principales étapes de la protection internationale des minorités », *RTDH* 1997, p. 180 *sqq.*

¹⁸⁵ Outre la Pologne, il faut mentionner : l'Arménie, l'Autriche, la Bulgarie, l'État serbo-croate-slovène (Yougoslavie), la Grèce, la Hongrie, la Turquie, la Tchécoslovaquie, la Roumanie. Les instruments juridiques peuvent être classés en trois catégories. Premièrement, les traités de minorités proprement dits, signés avec les États alliés des États vainqueurs, ayant pour objectif unique et exclusif la protection des minorités, ils sont les suivants : Pologne et Tchécoslovaquie, Traité de Saint-Germain du 10 septembre 1919 ; État serbo-croate-

Gouvernement polonais s'engage à accorder à tous les habitants pleine et entière protection de leur vie et de leur liberté, sans distinction de naissance, de nationalité, de langage, de race ou de religion. Tous les habitants de la Pologne auront droit au libre exercice, tant public que privé, de toute foi, religion ou croyance, dont la pratique ne sera pas incompatible avec l'ordre public et les bonnes mœurs ». On le sait, la religion était jusqu'à cette époque le seul motif de non-discrimination qui parvenait à déborder le cadre national et s'appliquait indifféremment aux nationaux et aux étrangers, comme l'atteste encore une fois le deuxième alinéa de l'article 2. En cela la Conférence de paix n'aura sur ce plan innové en rien. En revanche, l'alinéa premier de cet article fait franchir à la protection internationale de l'égalité une étape supplémentaire vers la généralisation du principe d'égalité. D'abord, du point de vue des critères subjectifs prohibés, viennent s'ajouter à la religion : la naissance, la nationalité, le langage et la race. Ensuite, du point de vue de l'objet sur lequel ils portent, l'égalité ne se cantonne plus à la liberté de conscience, elle s'étend dorénavant aux domaines du droit à la vie et du droit à la liberté individuelle.

Dans la deuxième hypothèse, celle où les destinataires sont les seuls nationaux de l'État, les traités prévoient une clause d'égalité devant la loi interdisant des discriminations dans le domaine des droits civils et politiques. Ainsi le Traité polonais dispose-t-il : « tous les ressortissants polonais seront égaux devant la loi et jouiront des mêmes droits civils et politiques sans distinction de race, de langage ou de religion. La différence de religion, de croyance, ou de confession ne devra nuire à aucun ressortissant polonais, notamment pour l'admission aux emplois publics, fonctions et honneurs ou l'exercice des différentes professions ou industries » (article 7)¹⁸⁶. « Les ressortissants polonais, appartenant à des minorités ethniques, de religion ou de langue, jouiront du même traitement et des mêmes garanties en droit et en fait que les autres ressortissants polonais » (article 8). L'article 7 et la disposition additionnelle¹⁸⁷ de l'article 8 ne se réfèrent plus seulement à la confession des

slovène (Yougoslavie), Traité de Saint-Germain du 10 septembre 1919 ; Roumanie : Traité de Paris du 9 décembre 1919 ; Grèce, Traité de Sèvres du 10 août 1920. Deuxièmement, les traités de paix engageant les États vaincus envers les États vainqueurs et incluant les clauses minoritaires parmi l'ensemble de leurs dispositions concernent les États suivants : Autriche, Traité de Saint-Germain du 10 septembre 1919 ; Bulgarie, Traité de Neuilly du 27 novembre 1919 ; Hongrie, Traité de Trianon du 4 juin 1920 ; Turquie, Traité de Lausanne du 24 juillet 1923. Troisièmement, il faut ajouter encore les conventions spéciales répondant à des situations particulières : entre Dantzig et la Pologne, 15 novembre 1920 ; entre l'Allemagne et la Pologne concernant la Haute-Silésie, 5 mai 1922 ; entre l'Allemagne et la Lituanie concernant le territoire de Memel, 8 mai 1924. Enfin, il faut ajouter les déclarations unilatérales prononcées devant la Société des Nations (auxquelles la CPJI a reconnu une force équivalente à celle d'un engagement conventionnel dans son avis du 6 avril 1935 sur les *écoles minoritaires en Albanie*, Série A/B, n° 64 p. 69) : Finlande, 27 juin 1921 ; Albanie, 2 octobre 1921 ; Lituanie, 12 mai 1922 ; Lettonie, 7 juillet 1923 ; Estonie, 17 septembre 1923.

¹⁸⁶ Les dispositions équivalentes pour les autres pays sont : l'Autriche (art. 66), Bulgarie (art. 63), Hongrie (art. 58), Turquie (art. 145), Tchécoslovaquie, État serbo-croate-slovène, Grèce (art. 7), Roumanie (art. 6), Arménie (art. 4).

¹⁸⁷ C'est le terme utilisé par la Cour permanente de justice internationale pour qualifier les rapports entre l'article 7 et l'article 8 : voir l'avis donné par la CPJI à la date du 10 septembre 1923 au sujet de *certaines questions touchant les colons d'origine allemande dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne*, Série B n° 6, p. 20.

individus mais aussi à leur appartenance ethnique, raciale ou linguistique. Plus exactement encore, l'article 7 marque la réception au niveau international du principe général d'égalité devant la loi (entre les nationaux d'un pays) tel qu'il est compris depuis plus d'un siècle par la tradition libérale classique au niveau national. Il fait encore franchir à l'égalité un échelon de plus à l'élargissement de son champ normatif. Cette généralisation réside en l'occurrence essentiellement dans la laïcisation des critères de discrimination qui ne se limitent plus uniquement à la religion. L'égalité entre nationaux devient un impératif général qui doit concerner l'universalité des lois de l'État.

Mais ce n'est peut-être paradoxalement pas là le tournant le plus significatif de la protection internationale de la non-discrimination. Le véritable changement, c'est la mutation de la signification attribuée à l'égalité sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale¹⁸⁸. Celle-ci fut effectivement amenée à préciser son interprétation de ces deux articles dans son avis sur *la situation des colons allemands en Pologne* du 10 septembre 1923¹⁸⁹. Une innovation majeure de ces traités de minorités réside dans le fait que « ces clauses sont élevées au rang d'un principe général qui, à ce titre, se trouve juridiquement garanti »¹⁹⁰. Ceci a donné l'occasion à la Cour permanente de justice internationale de créer une jurisprudence particulièrement hardie en interprétant assez largement les droits stipulés et notamment le principe d'égalité.

2. Un changement décisif de la signification du contenu de l'obligation d'égalité donnée par la Cour permanente de justice internationale

C'est donc à l'occasion de son avis relatif à *certaines questions touchant la situation des colons d'origine allemande dans les territoires cédés par l'Allemagne en Pologne* du 10 septembre 1923¹⁹¹ que la Cour permanente de justice internationale a fait connaître son

¹⁸⁸ La CPJI pouvait en effet éventuellement être amenée à se prononcer, sa compétence n'était cependant que subsidiaire. La garantie internationale des droits de l'individu n'était du temps de la CPJI qu'indirecte : garantie politique de la Société des Nations, garantie judiciaire de la CPJI. Dans cette répartition des tâches, le rôle de la Cour était conçu de manière accessoire, puisque l'article 16 du Pacte de la SDN dispose que « la Cour connaîtra de tous les différends de caractère international que les parties lui soumettront ». Or « seuls les États ont qualité pour se présenter devant la Cour » (article 34 de son statut). L'individu ne peut donc être partie à un différend justiciable devant la Cour. Elle n'était appelée à intervenir qu'au cas d'un désaccord portant sur l'application des dispositions minoritaires entre l'État intéressé et un membre du Conseil de la SDN. Ce qui n'empêcha pas la Cour d'accomplir, lorsqu'elle en eut l'occasion, très remarquablement son office et de rendre quelques avis consultatifs qui firent date, tout particulièrement dans le domaine du principe d'égalité. Pour un aperçu de l'apport de la CPJI relativement aux droits individuels : R. Goy, « La Cour permanente de justice internationale et les droits de l'homme », *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1995, pp. 199-232.

¹⁸⁹ CPJI, avis précité.

¹⁹⁰ N. Rouland (dir.), S. Pierré-Caps, J. Poumarède, *Droit des minorités...*, *op. cit.*, p. 189.

¹⁹¹ CPJI, avis du 10 septembre 1923 ci-après cité comme étant relatif à la *situation des colons allemands en Pologne* du 10 septembre 1923, Série B n° 6, notamment p. 20, 24 et 36.

interprétation du « principe d'égalité »¹⁹². Position qu'elle a confirmée par la suite dans son avis se rapportant au *traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig* du 4 février 1932¹⁹³, puis d'une manière plus développée encore dans son avis du 6 avril 1935 relatif aux *écoles minoritaires en Albanie*¹⁹⁴. Ces sentences de la Cour permanente de justice internationale pourraient faire l'objet d'une longue exégèse tant elles sont le lieu du virage contemporain de l'égalité qui, « après avoir œuvré à l'effacement des différences, en est venue, de fait, à reproblématiser le statut des différences »¹⁹⁵. Dans son avis sur *la situation des colons allemands en Pologne* de 1923, la Cour permanente s'exprime comme suit : « il faut qu'il y ait égalité de fait et non seulement égalité formelle en droit en ce sens que les termes de la loi évitent d'établir un traitement différentiel ». Elle constate que les mesures prises par les autorités polonaises « sont contraires au principe d'égalité en ce sens que les colons sont soumis à un traitement différentiel préjudiciable à leurs intérêts »¹⁹⁶. Dans son avis de 1932, elle ajoute notamment : « il y a lieu d'observer que, pour être efficace, la défense de discrimination doit aboutir à assurer l'absence de toute discrimination en fait comme en droit »¹⁹⁷. Enfin, l'avis rendu en 1935 comporte une argumentation plus détaillée : « l'égalité en droit exclut toute discrimination ; l'égalité en fait peut, en revanche, rendre nécessaires des traitements différents en vue d'arriver à un résultat qui établisse l'équilibre entre des situations différentes »¹⁹⁸.

À partir du moment où la Cour permanente de justice internationale prenait en compte le fait que tous les individus d'un ordre juridique ne sont pas dans une situation semblable, la conclusion à laquelle elle n'a pas manqué d'arriver, c'est que l'égalité ne se réalise pas seulement par le biais du traitement identique mais aussi par le biais du traitement différent. Ces affaires illustrent le caractère parfois impraticable de la conception révolutionnaire de la loi uniforme, plus encore elles illustrent les potentialités oppressives d'un traitement homogène¹⁹⁹. Dans ces trois espèces, il s'agissait d'une législation qui, dans les textes, traitait l'ensemble des ressortissants du pays rigoureusement de la même manière ; cependant elle

¹⁹² *Ibid.*, p. 37.

¹⁹³ CPJI, avis du 4 février 1932, ci-après cité comme étant relatif au *traitement des nationaux polonais dans le territoire de Dantzig*, Série A/B n° 44, notamment pp. 26-30, 38-41, 42-43.

¹⁹⁴ CPJI, avis du 6 avril 1935 concernant les *écoles minoritaires en Albanie*, Série A/B n° 64, notamment p. 5 et pp. 17-20.

¹⁹⁵ A. Renault et S. Mesure, *Alter Ego, Les paradoxes de l'identité démocratique*, Paris, Aubier, 1999, p. 51.

¹⁹⁶ CPJI, avis du 10 septembre 1923, précit., p. 24 et 37.

¹⁹⁷ CPJI, avis du 4 février 1932, précit., p. 28.

¹⁹⁸ CPJI, avis du 6 avril 1935, précit., p. 19.

¹⁹⁹ Voir A. Renault et S. Mesure, *op. cit.*, pp. 47-49. À propos de ces virtualités tyranniques : « Le dispositif moderne ainsi conçu, permet [...] la réduction à l'identique, en n'assurant l'égalisation de l'autre qu'au prix de l'effacement de sa différence, selon diverses modalités allant de la colonisation (où l'éventuelle égalisation de l'autre supposait son assimilation) jusqu'à l'extermination du différent s'il était supposé ne pouvoir être intégré par l'annulation de sa différence. D'une certaine façon, les totalitarismes de ce siècle, en produisant l'homogénéisation du social, parfois au nom de l'égalisation des conditions, ont correspondu à une monstrueuse dérive à partir de cette figure de l'identité » (p. 48).

avait des effets matériellement différents selon que l'on était membre de la majorité ou de la minorité de la population. Ainsi dans le cas de l'Albanie, la suppression généralisée de toutes les écoles privées par les autorités albanaïses aboutissait en réalité à ce que seule la minorité, tout particulièrement la minorité grecque orthodoxe, fût entièrement privée d'école contrairement à la majorité albanaïse qui continuait à disposer de celle de l'État. La Cour permanente de justice internationale a considéré qu'un tel traitement constituait une inégalité de traitement. Comme on a pu le faire remarquer : « aujourd'hui, cette idée d'une modulation du principe d'égalité par rapport à la différence des situations qu'il est censé régir est devenue un lieu commun jurisprudentiel, largement évoqué, par exemple, par les Cours constitutionnelles nationales »²⁰⁰ ou les instances de contrôle internationales, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle s'est placée en héritière de cette ligne jurisprudentielle dès son premier arrêt portant sur l'égalité. Dans la célèbre *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* du 23 juillet 1968, la juridiction européenne a en effet été amenée à préciser dans des termes à peu près semblables que « les autorités nationales compétentes se trouvent en face de situations ou de problèmes dont la diversité appelle des solutions juridiques différentes ; certaines inégalités de droit ne tendent d'ailleurs qu'à corriger des inégalités de fait »²⁰¹. La proximité des formulations révèle la filiation entre l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme et celle proposée par la Cour permanente de justice internationale moins d'un demi-siècle plus tôt²⁰². Si le raisonnement de la Cour de La Haye est peut-être devenu un lieu commun de nos jours, il était particulièrement audacieux pour l'époque. C'est même un tournant dans l'histoire de l'égalité.

L'ampleur de cette remise en cause explique que pour se réaliser, la haute juridiction ait éprouvé le besoin d'introduire le dualisme "égalité en droit", "égalité en fait". Cette dichotomie de l'égalité, pas très heureuse, était sans doute évitable²⁰³.

Ce dualisme est juridiquement contestable car il débouche sur une contradiction d'ordre logique. Dans un premier temps, la Cour permanente de justice internationale identifie très classiquement l'égalité devant la loi à un pur principe d'identité de traitement²⁰⁴, elle utilise même le qualificatif de « parfaite égalité »²⁰⁵ ; c'est l'égalité en droit qui « exclut toute

²⁰⁰ N. Rouland (dir.), S. Pierré-Caps, J. Poumarède, *Droit des minorités...*, op. cit., p. 190.

²⁰¹ CourEDH, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, 23 juillet 1968, Série A p. 34.

²⁰² Dans le sens d'une telle filiation : J.-F. Flauss, « Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme », in *Pouvoir et Liberté – Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 419.

²⁰³ La CPJI s'en dispense même d'ailleurs à de rares endroits. Dans certains passages, la Cour se réfère en effet, d'une manière beaucoup plus satisfaisante, à un simple « principe d'égalité », sans mentionner si elle vise l'égalité en droit ou l'égalité en fait, ou bien si'il regroupe les deux à la fois. Voir, par exemple, l'avis donné par la CPJI en date du 10 septembre 1923, précit., p. 37.

²⁰⁴ CPJI, avis du 6 avril 1935, précit., p. 17-18.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 17.

discrimination »²⁰⁶ : il faut entendre par là qu'elle n'admet rigoureusement aucune distinction. Elle constate toujours aussi classiquement et conformément aux traités²⁰⁷ que l'article qui protège l'égalité devant la loi s'adresse à tous les ressortissants, aussi bien majoritaires que minoritaires²⁰⁸. Dans un second temps, elle observe à juste titre que parmi tous ces ressortissants, le fait que certains sont dans une situation dissemblable par rapport à d'autres « ... peut rendre nécessaires des traitements différents »²⁰⁹ : c'est l'égalité en fait, encore appelée « égalité réelle et effective »²¹⁰. L'incohérence est alors double.

Dans la mesure où, d'un côté, l'égalité qui s'adresse à tous les ressortissants – c'est-à-dire l'égalité devant la loi – inclut par définition aussi bien les ressortissants majoritaires que les ressortissants minoritaires²¹¹, et dans la mesure où, d'un autre côté, l'on accepte à l'égard de ces derniers des traitements différents, alors cette égalité – qui une dernière fois, vise aussi bien l'une que l'autre des catégories – ne peut plus conserver sa signification classique et absolue de l'identité de traitement. La Cour arrive bien à la conclusion que l'identité de traitement est insuffisante à assurer l'égalité, qu'elle implique aussi la différence de traitement ; ce qui reste inconcevable pour elle encore, c'est qu'une telle obligation puisse être tirée de l'article qui garantit l'égalité de tous devant la loi²¹². Pour cela elle a recours à un dualisme, un de plus dans l'histoire de l'égalité : l'égalité en droit, l'égalité en fait. Avec celui-ci, la

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 19.

²⁰⁷ Le lecteur peut se reporter à la subdivision précédente où nous avons donné en exemple et reproduit les articles 7 et 8 du traité liant la Pologne, qui ont été recopiés pour les autres pays. Les articles sont en substance rigoureusement les mêmes pour l'Albanie, ce sont les articles 4 et 5 de la Déclaration albanaise faite devant le Conseil le 2 octobre 1921.

²⁰⁸ CPJI, avis du 6 avril 1935, précité, p. 19 : « Tous les ressortissants albanais jouissent de l'égalité en droit ».

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ « Il convient avant tout d'observer que l'égalité de tous les ressortissants albanais devant la loi est déjà stipulée dans les termes les plus larges, dans l'article 4... » ; *Ibid.*, p. 18.

²¹² La Cour constate bien que « les deux choses sont étroitement liées » et que c'est là la condition pour une « égalité véritable » (CPJI, avis du 6 avril 1935 concernant les écoles minoritaires en Albanie, *Série A/B* n° 64, p. 17). Elle explique bien que l'article 5, fondement textuel de l'égalité en fait (équivalent de l'article 8 pour la Pologne, donné en exemple précédemment : voir *supra* p. 80) « s'ajoute » - c'est le terme de la Cour - à l'article 4 concernant l'égalité en droit (l'équivalent de l'article 7 pour la Pologne : voir *supra* p. 80). Cependant, elle ne va pas jusqu'au bout de son raisonnement, car la conséquence logique est que l'article 4 change alors de signification, il ne peut plus continuer à conserver une signification aussi absolue ! Ceci était pour la Cour, on le comprend, difficile à admettre mais aboutit à des énoncés cocasses du type : « la notion du même traitement et des mêmes garanties en droit et en fait prévue à l'article 5 n'est pas la même chose que l'égalité devant la loi prévue à l'article 4 » (*ibid.*, p. 18). L'idée d'après laquelle il existe un fondement textuel distinct pour des destinataires distincts, à savoir tous les ressortissants (majoritaires et minoritaires) d'un côté et les seuls ressortissants minoritaires de l'autre, ne pose pas de problème particulier. Ce qui était difficile à envisager, c'est que les deux textes n'étaient pas l'un à côté de l'autre, mais que l'un se lit comme un principe général et l'autre comme un principe spécial. L'article 5 concrétise spécialement l'article 4, le traitement différent est une concrétisation du principe général d'égalité, tout comme l'est le traitement identique. Toute la question étant de savoir si les personnes se trouvent dans une situation semblable ou dissemblable.

Cour passe à côté de l'unité du principe d'égalité. À l'imprécision méthodologique s'ajoute une équivoque terminologique²¹³.

Mais cette dernière remarque est en définitive accessoire au regard de la hardiesse du contrôle opéré par la Cour permanente de justice internationale. En effet, compte tenu du règne du positivisme légaliste et étatiste durant cette période, la démarche adoptée par la haute juridiction pour apprécier le respect du principe d'égalité doit être considérée comme particulièrement audacieuse, bien que d'une certaine manière l'objet même des traités l'y contraignait plus ou moins²¹⁴.

À cette fin, la Cour ne s'arrête pas à la lecture du texte de la loi, c'est-à-dire aux effets directement et explicitement voulus par la législation ; elle va plus loin et prend en compte les effets indirectement générés par celle-ci à l'égard des individus. Comme le prouvent de façon flagrante les affaires qui nous préoccupent, une loi générale peut très bien, contrairement à la doctrine dominante de l'époque²¹⁵, donner lieu à une discrimination contraire au principe d'égalité. L'originalité encore actuelle de ce contrôle tient à ce que le juge dépasse le simple énoncé grammatical de la loi qui établit une identité de traitement, mais apprécie ses conséquences directes et indirectes pour observer, au bout du compte, qu'elles aboutissent à un « traitement différentiel préjudiciable [aux] intérêts » des individus en cause²¹⁶. Plus exactement, l'appréciation du juge va au-delà des effets (matériels) directs de la norme, mais considère ses effets (matériels) indirects.

²¹³ Cette confusion terminologique est double : s'ajoute à celle que nous venons de démontrer un autre risque d'équivoque qui nous amène à penser que cette terminologie n'est pas du tout satisfaisante. La Cour de La Haye avait d'ailleurs dû le pressentir puisqu'elle confesse de façon inhabituelle pour une juridiction : « Il n'est peut-être pas facile de préciser la notion d'égalité de fait par rapport à l'égalité de droit ; on peut toutefois affirmer qu'elle s'oppose à une égalité purement formelle ». Ce dualisme est juridiquement contestable du point de vue de sa cohérence logique. Tout le problème vient de ce qu'elle identifie l'égalité devant la loi à une « égalité en droit » ou égalité formelle, elle parle encore d' « une égalité de régime juridique ». Par voie de conséquence, elle laisse alors penser à tort que l'égalité en droit (l'égalité devant la loi) ne recevrait aucune concrétisation en fait. Inversement, elle suscite faussement l'idée que l'égalité en fait (l'égalité réelle et effective) ne serait pas un impératif qui relève du droit. Pourtant, la réalité c'est que l'égalité devant la loi est une égalité juridique, qu'elle s'impose aux autorités publiques en tant que norme, qu'elle n'est pas uniquement formelle. Symétriquement, l'égalité en fait n'est pas uniquement réservée aux situations dissemblables exigeant un traitement différent, c'est-à-dire en l'espèce les seuls minoritaires. Elle doit être tout aussi réelle et effective pour les situations semblables qui appellent l'identité de traitement.

²¹⁴ En ce sens qu'ils ont pour but la préservation des droits appartenant aux membres de la population minoritaire ; la Cour l'énonce très clairement : l'idée qui est la base des traités est d' « assurer aux groupes minoritaires des moyens appropriés pour la conservation des caractères ethniques, des traditions et de la physionomie nationales », CPJI, avis du 6 avril 1935, précité, p. 17.

²¹⁵ Voir *supra* p. 48.

²¹⁶ CPJI, avis du 10 septembre 1923, précité, *série B* n° 6, p. 37.

§ 3. Conclusion sur la réception de l'égalité par les traités de protection de minorités de 1815 à 1945 : extension et dualité de la protection de l'égalité

La conjugaison de plusieurs facteurs explique que le premier quart du XX^e siècle s'interprète comme un tournant dans l'histoire de l'égalité dans le droit international.

Le premier facteur résulte de la combinaison de deux éléments. L'un est acquis depuis longtemps, depuis le début du XIX^e siècle même : c'est l'accession de l'égalité au rang de norme internationale. L'autre est en revanche inédit, il constitue l'apport original des traités du système de Versailles : c'est la consécration d'un principe général d'égalité par le droit international. L'égalité n'est plus cantonnée au domaine de l'égalité religieuse, elle est garantie de façon générale puisque les traités protègent une égalité (générale) des nationaux devant la loi, qui s'élargit (autrement dit gagne encore en généralité) aux non-nationaux lorsque celle-ci porte sur le droit à la vie, la liberté individuelle ou religieuse²¹⁷. Cette internationalisation emporte une conséquence de taille : réceptionnée par le droit international imposé par les grandes puissances aux États vaincus²¹⁸, le principe général d'égalité n'est plus confronté aux mêmes résistances qu'en droit interne. Du même coup, les restrictions auxquelles l'égalité était confrontée disparaissent d'elles-mêmes ; au premier chef, la réduction de la juridicité de l'égalité à un niveau infra-législatif, c'est-à-dire l'impossibilité du principe d'égalité de s'imposer à la loi votée par le Parlement²¹⁹.

Ce changement de perspective, selon lequel le principe d'égalité est un impératif général auquel est juridiquement soumis le législateur, a pour effet presque immédiat que le maintien d'une conception absolue du principe d'égalité n'est plus possible, eu égard à l'objet même de ces traités. La mise en place d'un système de protection internationale des minorités, nécessitée par l'hétérogénéité culturelle inextricable de certains pays, demeure à cet égard la

²¹⁷ Remarquons que ce dernier élargissement, celui qui voit l'égalité déborder le cadre national dans le domaine des trois libertés mentionnées, annonce, bien que très partiellement encore, la logique universaliste des droits de l'homme et de son principe d'égalité, caractéristique de la période postérieure à la deuxième guerre mondiale.

²¹⁸ Les traités de minorités comportaient un article liminaire qui faisait obligation aux États concernés de reconnaître les clauses minoritaires comme ayant une valeur supraconstitutionnelle, c'est-à-dire selon les termes des traités comme « lois fondamentales », en ce qu'aucune norme de droit interne, de valeur législative ou inférieure, ne puisse les contredire ; les États concernés s'engageaient ainsi à ce que les stipulations contenues dans ces traités « soient reconnues comme des lois fondamentales, à ce qu'aucune loi, aucun règlement ni aucune action officielle ne soient en contradiction ou en opposition avec ces stipulations et à ce qu'aucune loi, aucun règlement ni aucune action officielle ne prévalent contre elles ». Voir par exemple l'article 1 du Chapitre 1er du Traité entre les principales puissances alliées et associées et la Tchécoslovaquie signé à Saint-Germain-en-Laye le 10 septembre 1919 ; *JORF* 29 mai 1922, pp. 5574-5575 ; ou l'article 1 du Chapitre 1er du Traité signé avec l'État serbe-croate-slovène, *ibid.*, p. 5577.

²¹⁹ En ce sens, la tradition classique est retrouvée : celle-ci envisageait bien qu'en droit interne, l'égalité eût un niveau supra-législatif, c'est-à-dire constitutionnel ; mais cette considération demeurait, on le sait, largement méta-juridique dans la mesure où il n'existait aucune garantie pour la sanctionner à ce niveau. La réception de l'égalité par le droit international dans le cadre du système versaillais a permis d'offrir une telle sanction.

manifestation la plus éclatante de l'impossibilité d'universaliser le modèle révolutionnaire français de la nation homogène, lequel a pour corollaire l'identification de l'idée d'égalité à un principe d'uniformité de traitement de tous les ressortissants d'un pays. Ceci s'est traduit concrètement dans les traités nés de la paix de Versailles par la reconnaissance, à côté des clauses d'égalité, de droits spécifiques réservés aux seuls ressortissants minoritaires. Dès lors, du fait même des traités, c'est presque logiquement que l'égalité de traitement ne pouvait plus continuer à s'assimiler à un principe d'identité de traitement²²⁰ et se devait d'intégrer l'idée de différence. Il ne lui était plus possible de faire abstraction de la diversité des situations que prenaient en compte les traités²²¹. C'est la conclusion à laquelle est arrivée la Cour permanente de justice internationale dès 1923 dans son avis relatif à *la situation des colons allemands en Pologne*. Depuis, l'égalité en droit international ne signifie plus seulement le traitement identique mais aussi le traitement différent. Or, l'inclusion de la différence au sein de l'égalité provoque dans l'histoire juridique de l'égalité libérale un changement de paradigme.

La juridictionnalisation de l'égalité n'est donc pas non plus étrangère à ce tournant contemporain de l'égalité. Cette possibilité résiduelle, entr'ouverte par les traités de minorités, d'une sanction juridictionnelle des obligations internationales qu'ils contenaient, a eu un rôle déterminant : donner au juge l'opportunité d'appliquer le principe d'égalité, c'était ouvrir la porte à une interprétation qui cherchât à faire produire à l'égalité tout son "effet utile", ce que n'a courageusement pas manqué de faire la Cour permanente de justice internationale. C'est effectivement une définition étonnamment moderne que la Cour de La Haye a pu donner du principe d'égalité, si on la rapporte aux différentes interprétations restrictives en droit constitutionnel qui ont cours depuis la fin du XIXe siècle.

Ce changement des années 1920 s'inscrit en réalité dans un mouvement dogmatique et jurisprudentiel plus vaste, lequel, en droit interne, amorce un abandon progressif de l'interprétation restrictive concernant tant son point d'application – l'égalité commence à être interprétée comme s'imposant à la loi – que la question de sa signification : l'égalité n'est *grosso modo* plus un principe d'identité qui s'absorbe dans l'idée de généralité. Dans ces conditions, on peut affirmer que l'internationalisation du principe d'égalité par les traités de minorités, en faisant accéder une égalité générale à un rang explicitement supra-législatif ainsi

²²⁰ C'est la tradition libérale classique largement idéale et la tradition libérale restrictive mais éprouvée qui s'effondrent ici. Rappelons-le brièvement. Durant la période classique, l'égalité était comprise comme une identité de traitement de tous (même s'il n'existait pas à proprement parler de sanction juridique pour garantir l'effectivité d'une telle signification). Durant la période restrictive, la signification de l'égalité comprise comme une identité de traitement a perduré. Elle a même reçu une effectivité juridique. Ceci s'explique par le fait que l'égalité n'avait, durant cette époque légale-positiviste, d'effet qu'à un niveau infra-législatif. La conception absolue de l'égalité a donc pu ainsi être maintenue puisqu'elle se réduit à une identité de traitement à l'intérieur de la catégorie légale créée par la loi.

²²¹ La prise en compte d'une telle diversité des situations trouve donc une traduction dans le domaine des libertés fondamentales, comme en atteste l'existence des clauses minoritaires. Contrairement à la tradition idéaliste classique, l'égalité est modulée même dans le domaine fondamental des droits de l'homme.

que sa juridictionnalisation, en ayant permis à la Cour permanente de justice internationale d'en donner une interprétation particulièrement moderne, participent du même mouvement que celui amorcé en droit interne, faisant entrer l'égalité dans son troisième et dernier moment historique : le modèle de signification contemporain du principe d'égalité.

En définitive, le début du XXe siècle se présente comme un tournant. D'un côté, le système versaillais ne constitue qu'un aboutissement du mouvement amorcé au siècle précédent : du fait de la continuation de l'élargissement des domaines d'application de l'égalité à l'égard des nationaux comme des étrangers, mais aussi précisément du fait de la reproduction de la dualité du schéma de la protection égalitaire qui n'a pas la même étendue lorsqu'elle concerne les nationaux ou les étrangers. D'un autre côté, cependant, le système versaillais incarne un nouveau départ en raison du fait que l'égalité, vis-à-vis des nationaux, va pour la première fois au-delà du critère religieux et se comprend comme une clause générale et laïque d'égalité devant la loi ; mais plus encore en raison du changement d'interprétation qui est fait du principe d'égalité par la Cour permanente de justice internationale, laquelle admet pour la première fois la possibilité de sa modulation.

Ce tournant, amorcé après la première guerre mondiale dans le cadre de la Société des Nations, sera parachevé après la deuxième guerre mondiale avec l'avènement des Nations Unies, qui marquera l'unification de l'égalité. Cette fois, l'égalité devient pour ainsi dire totalement et véritablement générale, à la fois quant à son objet et quant à ses titulaires, en un mot elle devient universelle.

Section 2. La réception de l'égalité par les traités de protection des droits de l'homme (à partir de 1945)²²²

La protection de l'égalité de traitement par la Convention européenne des droits de l'homme s'inscrit, après la seconde guerre mondiale, dans le nouveau contexte qu'annonce la Charte des Nations Unies visant à promouvoir l'intégration de façon pleine et entière des droits de l'homme dans les normes du droit international, et que la Déclaration universelle des droits de l'homme commencera de réaliser, de manière essentiellement déclaratoire, à partir de 1948. Celle-ci pose pour la première fois au niveau international le principe d'une égalité universelle, entièrement générale tant du point de vue *ratione personae* que du point de vue

²²² Pour un recensement des dispositions ayant trait à l'égalité dans le droit international des droits de l'homme : Lawson E. (dir.), « Equality », in *Encyclopedia of Human Rights – Second Edition*, Londres, Taylor & Francis, 1996, pp. 440-454 ; voir aussi : Symonides J. (dir.), *The Struggle against Discrimination – A collection of International Instruments adopted by the United Nations System*, Paris, UNESCO, 1996.

ratione materiae (§ 1), et que le mécanisme de garantie de la Convention européenne des droits de l'homme ne recevra qu'en deux temps. L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, signée à Rome le 4 novembre 1950, ne protège l'égalité de traitement que de manière partiellement générale, dans le domaine des libertés énoncées par le traité. Ce n'est qu'avec l'article 1 du Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme, signé à Rome cinquante ans plus tard, jour pour jour, le 4 novembre 2000, que le système européen propose enfin une garantie de l'égalité de traitement entièrement générale (§ 2), appelant ainsi un bilan de la réception de l'idée d'égalité individuelle par les traités de protection des droits de l'homme (§ 3).

§ 1. Le contexte nouveau de la réception : l'universalisme de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948

C'est au lendemain du désastre de la deuxième guerre mondiale, en réaction à la plus monstrueuse entreprise étatique de négation de l'égalité entre les hommes qu'ont été les camps d'extermination nazis, que la Charte des Nations Unies, adoptée à San Francisco le 26 juin 1945, internationalise, dans un texte conventionnel multilatéral, la question des droits de l'homme et traduit tout particulièrement l'attachement désormais porté à l'idée d'une égalité individuelle et universelle²²³. Son préambule souligne l'importance de « la reconnaissance de la dignité humaine inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux... ». Ainsi, l'article premier de la Charte érige en but des Nations Unies le développement et l'encouragement du « respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion »²²⁴. En

²²³ Cette volonté se retrouve, avant même la Charte des Nations Unies, dans l'article 1 § 3 de la Déclaration de Philadelphie du 10 mai 1944, adoptée par l'Organisation internationale du travail, qui prescrit : « Tous les êtres humains, quels que soient leur race, leur croyance ou leur sexe, ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales » (Déclaration de Philadelphie, II, a.). À peu près à la même période, la Constitution de l'UNESCO, adoptée à Londres le 16 novembre 1945, et plus particulièrement son article 1 § 1 b, va dans le même sens : « À ces fins l'Organisation [...] imprime une impulsion vigoureuse à l'éducation populaire et à la diffusion de la culture [...] en instituant la collaboration des nations afin de réaliser graduellement l'idéal d'une chance égale d'éducation pour tous, sans distinction de race, de sexe, ni d'aucune condition économique ou sociale ». La Constitution de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), adoptée à New York le 22 juillet 1946, affiche dans son préambule un souci identique : « La possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain, quelles que soient sa race, sa religion, ses opinions politiques, sa condition économique ou sociale ». Enfin, peu avant la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme, signée à Bogota le 2 mai 1948, dit dans son préambule : « Tous les hommes naissent libres et égaux du point de vue de leur dignité et de leur droits... » ; article 2 § 1 : « Toutes les personnes, sans distinction de race, de sexe, de langue, de religion ou autre, sont égales devant la loi... ».

²²⁴ L'expression « sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion » se retrouve dans les articles 13 § 1 b, 55 § c et 76 § c. On remarquera d'autre part que par rapport aux traités de minorités du système de Versailles, un nouveau critère de non-discrimination apparaît, c'est celui du sexe. Il figurait d'ailleurs déjà à l'article

apparence, hormis l'apparition notable du critère du « sexe » – on sait le rôle joué par le conflit mondial dans l'émancipation des femmes – la formulation de la clause de non-discrimination par l'article premier est, au regard des traités de minorités, absolument traditionnelle. En vérité pourtant, le pas franchi avec la Charte est considérable : d'une part en ce que la clause de non-discrimination concerne désormais l'ensemble des droits de l'homme²²⁵ ; d'autre part en ce qu'elle s'adresse idéalement à l'ensemble des personnes humaines²²⁶.

C'est en réalité la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 qui opère véritablement ce mouvement d'universalisation du principe d'égalité initié par la Charte des Nations Unies. C'est elle qui pose les premiers jalons de l'égalité individuelle au sein de cette branche naissante du droit international qu'est le droit international des droits de l'homme, justement caractérisé par son aspiration à l'universalité. L'universalisme de l'égalité consiste, d'un premier point de vue, dans la prétention à valoir pour tous les hommes (A) et, d'un second point de vue, dans la prétention à valoir pour tout le droit (B).

A. La pluralité des fondements textuels à l'universalisme *ratione personae* de l'égalité : les articles 1, 2 et 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme²²⁷

Résultat des intentions affichées dans la Charte, l'Assemblée générale des Nations Unies adopte la Déclaration universelle des droits de l'homme le 10 décembre 1948, dans sa Résolution 217 A (III). L'article premier de la Déclaration proclame : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ». C'est, un siècle et demi plus tard et à quelques nuances près, la consécration internationale de la formule de l'article premier de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789²²⁸. L'article 2 § 1 de la Déclaration universelle poursuit : « Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

1 § 3 de la Déclaration de Philadelphie du 10 mai 1944, adopté par l'Organisation internationale du travail, reproduit précédemment en note 223. Sur la genèse de cet article : voir F. Ermacora, *Diskriminierungsschutz und Diskriminierungsverbot in der Arbeit der Vereinten Nationen*, Vienne/Stuttgart, Braumüller, 1971, p. 22.

²²⁵ Et non plus seulement quelques-uns : il n'y a plus de dualité dans le régime de l'égalité de traitement, et plus précisément son étendue, suivant que l'on est étranger ou national.

²²⁶ Et non plus seulement quelques-unes, c'est-à-dire les seuls destinataires des traités de minorités.

²²⁷ Sur la question de l'égalité dans la Déclaration universelle : voir Ph. Vegleris, « Le principe d'égalité dans la Déclaration universelle et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1972, tome 1, pp. 565-588 ; B.G. Ramcharan, « Equality and Non-Discrimination », in L. Henkin (dir.), *The International Bill of Rights*, New York, Columbia University Press, 1981, pp. 247-269.

²²⁸ La Déclaration de 1789 affirmait « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ».

Enfin, l'article 7 de la Déclaration postule : « Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination »²²⁹. Ces trois articles ont ceci de notable qu'ils possèdent le même champ d'application *ratione personae* : tous les hommes sont titulaires du droit à l'égalité de traitement formulé dans chacune de ces dispositions.

La première remarque est un constat plus politique que proprement juridique. Du temps de la Société des Nations, l'affirmation de l'idée d'égalité dans les traités de minorités est diplomatiquement et géographiquement limitée. Après la guerre, la volonté politique à l'origine des Nations Unies est nouvelle, l'égalité est désormais proclamée de façon solennelle à un niveau mondial. C'est l'affirmation d'une égalité universaliste. Un tel changement d'échelle n'est bien évidemment pas sans conséquences. Cependant, dans la mesure où la Déclaration universelle n'est juridiquement qu'une résolution de l'Assemblée générale de l'ONU, soit un acte dépourvu de caractère obligatoire²³⁰, cet élargissement de l'égalité à la communauté mondiale est avant tout d'ordre symbolique et idéologique. En ce sens, la Déclaration universelle ne modifie pas vraiment la protection juridique internationale de l'égalité. Il n'en demeure pas moins qu'elle formalise politiquement l'affirmation d'une

²²⁹ La version anglaise de l'article 2 § 1 de la Déclaration se lit comme suit : « Everyone is entitled to all the rights and freedom set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status » ; la version anglaise de l'article 7 : « All are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law. All are entitled to equal protection against any discrimination in violation of this Declaration and against any incitement to such discrimination ». Nous indiquons la formulation anglaise dans la mesure où, si l'article 2 utilise dans les deux langues le terme « distinction », la première phrase de l'article 7 dans sa version anglaise emploie le terme « discrimination » là où la version française parle de « distinction ». Cette variation de terminologie entre l'article 2 et l'article 7 d'une part, et à l'intérieur de l'article 7 d'autre part, ne peut être comprise si elle est appréhendée à partir de la seule analyse littérale (voir à ce sujet les longs développements qu'y consacre M. Bossuyt, *op. cit.*, pp. 18-24) ; pour en comprendre les enjeux, il est indispensable de la replacer dans une perspective historique, de la situer au sein de l'évolution de la protection et de l'interprétation de l'égalité en droit interne et international : cette optique fait apparaître qu'à cette époque, l'égalité vient d'amorcer un changement de paradigme qui n'a alors pas encore été totalement admis (voir *supra*, p. 81). Or, ce tournant herméneutique, c'est le terme "discrimination" qui en a été le réceptacle, en anglais dans un premier temps, en français dans un second temps ; l'anglais influençant le français (voir *infra* p. 132).

²³⁰ La valeur juridique internationale de la Déclaration universelle est certes doctrinalement controversée. Une chose est sûre néanmoins : elle n'est pas un traité ou une convention ; c'est, dans la perspective historique qui est la nôtre, ce qu'il nous importe de constater . Nous n'entrerons donc pas dans le débat qui pose la question de savoir si le contenu de la Déclaration a pu, par la suite, être détaché de cette forme-là et placé dans une autre perspective. Pour certains, la DUDH serait un texte qui interprète la Charte des NU, ce qui lui donnerait par ce biais une force juridique ; pour d'autres, la DUDH contiendrait des principes généraux de droit international ou même encore de *jus cogens*. Sur ces questions : R. B. Lillich, « Invoking international human rights law in domestic courts », *Cincinnati Law Review*, Vol. 54, 1985, pp. 367-415 ; J. Miranda, « La Constitution portugaise et la protection internationale des droits de l'homme », *Archiv des Völkerrechts*, mars 1996, pp. 73-95, notamment pp. 75-76. Voir aussi J.-F. Flauss, « La protection des droits de l'homme et les sources du droit international », in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international (Société française pour le droit international, colloque de Strasbourg)*, Paris, Pedone, 1998, pp. 9-80.

égalité universelle, et à ce titre, elle confère à l'égalité une dimension mondiale qu'aucun texte national ni international n'avait pu fournir jusque-là²³¹.

L'idée d'une « famille humaine », pour reprendre les termes du préambule de la Charte, fonde ce qui est communément appelé l' « universalité » ou l' « universalisme »²³² des droits de l'homme. René Cassin, qui avait obtenu que la Déclaration de 1948 soit qualifiée d' « universelle » et non pas simplement d' « internationale » exprime, non sans certaines réminiscences révolutionnaires, la philosophie qui anime ce texte : « L'universalité de la Déclaration s'affirme [...] quant aux êtres humains qu'elle entend protéger sans discrimination en tous territoires ou lieux sur la terre, quel que soit le régime du pays où ils vivent, quel que soit leur sexe, leur origine, leur condition sociale, leur religion, leur langage et leurs convictions politiques, quels que soient les groupes dont ils font partie : famille, cité, profession, confession, province, nation. L'État est bien compris dans ces groupes, mais ne figure pas seul en face de l'homme »²³³.

René Cassin ne fait pas autre chose que reformuler l'idée selon laquelle l'égalité libérale est intrinsèquement une égalité individuelle universelle. L'égalité traverse toute appartenance à un groupe social déterminé, y compris la nation ou l'État dès lors qu'elle est placée à un niveau international. Avec la Déclaration de 1948, l'égalité étend son champ d'application à la communauté mondiale. C'est ici, par l'ampleur de l'affirmation, une véritable novation pour le droit international²³⁴ et un véritable nouveau départ pour la

²³¹ Comme l'affirme F. Sudre : « la Déclaration formule au plan universel des droits de l'homme ce qu'aucune déclaration ou constitution nationale n'a pu formuler, si ce n'est par référence à un pays donné », *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2001, 5^e éd., p. 42. Sur la nécessité de « tracer la frontière entre l'obligation juridique et l'obligation morale [...] en droit international » : voir Ch. Leben, « Une nouvelle controverse sur le positivisme en droit international public », *Droits* 1987 (n° 5), pp. 121-130 (notamment p. 130).

²³² Pour un aperçu du rapport des droits de l'homme à l'universel et du débat entre universalisme et universalité : P. Wachsmann, *Les droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2002 (4^e éd.), pp. 39-54. Dans ce débat, nous abondons bien évidemment dans le sens de Patrick Wachsmann lorsqu'il cite Paul Ricœur, lequel nous met en garde de « ne pas prendre pour des universaux des prétentions à l'universel ». On oublie en effet un peu trop rapidement que les droits de l'homme sont historiquement et culturellement construits, ce qui n'empêche sans doute pas qu'ils puissent délivrer un message universel, mais devrait appeler à la plus grande prudence lorsque l'Occident prétend « les imposer comme critère exclusif de jugement » (p. 49). Pour une réflexion sur l'universel et le particulier dans les droits de l'homme : voir Ch. Leben, « Y-a-t-il une approche européenne des droits de l'homme », in P. Alston (dir.), *L'union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 71-98 ; comme le fait remarquer Ch. Leben, « l'universel surgit forcément du particulier » (p. 76.).

²³³ R. Cassin, « La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 », discours à l'Académie des sciences morales et politiques du 8 décembre 1958, Institut de France, Paris, 1958 (29), p. 7. Voir aussi : R. Cassin, « Quelques souvenirs sur la Déclaration universelle de 1948 », *Revue de droit contemporain* 1968, n° 1, pp. 3-14 ; M. Agi, *De l'idée d'universalité comme fondatrice du concept des droits de l'homme, d'après la vie et l'œuvre de René Cassin*, thèse de doctorat, Université de Nice, Éditions Alp'Azur, 1979 ; P. Tavernier, « L'ONU et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme », *RTDH* 1997, pp. 379-393.

²³⁴ C'est d'ailleurs la volonté explicite de R. Cassin, lequel affirme : « La reconnaissance à tout être humain, fût-il étranger, d'un minimum imposant de droits fondamentaux, constitue néanmoins la base d'un nouveau droit commun international. C'est un levier favorable à la réduction de l'inégalité de l'étranger. À son tour, ce *jus gentium* renouvelé est inconciliable avec le système si longtemps triomphant qui réservait aux seuls États la qualité de sujets de droit international. Il postule l'admission de l'homme au rang de membre direct de la société

protection internationale de l'égalité puisqu'elle acquiert – de façon principielle et non plus seulement contingente²³⁵ – une signification au-delà de l'État-nation. Ceci nous conduit à l'observation suivante.

La seconde remarque est cette fois proprement juridique. On se souvient que dans le cadre des traités de minorités, le champ d'application *ratione materiae* de l'égalité restait largement fonction du critère *ratione personae* de la nationalité de l'individu. Sous la Société des Nations, le critère de la nationalité constituait la raison d'être de la dualité des fondements textuels internationaux de l'égalité de traitement. L'un couvrait un certain domaine et pouvait être invoqué indistinctement par les nationaux ou les étrangers, l'autre touchait un autre domaine et ne pouvait être excipé qu'entre nationaux. Avec la Déclaration universelle des droits de l'homme, le critère de la nationalité n'est plus un critère pertinent *a priori* pour savoir si l'on peut ou non s'en prévaloir. Ceci est vrai pour l'ensemble des clauses d'égalité de la Déclaration : les articles 1 et 2 autant que l'article 7. Mais c'est bien évidemment surtout pour cette dernière disposition que l'évolution est considérable. Ainsi, le principe général d'égalité devant la loi contenu à l'article 7 n'est pas réservé aux seuls nationaux d'un État comme c'était le cas dans les traités de minorités, il s'adresse, par principe et pour la première fois, indistinctement à toutes personnes.

Sous la Société des Nations, le critère *ratione personae* de la nationalité constituait la raison d'être de la dualité des fondements textuels. Dans le cadre de la Déclaration onusienne, la coexistence de l'article 7 à côté de l'article 2 est une survivance du système versaillais alors même que la raison d'être de cette dichotomie a disparu du fait de l'idéologie universaliste des droits de l'homme, comme l'atteste notamment son article premier. La nationalité n'étant plus le critère distinctif des articles 2 et 7, ne reste plus alors pour les différencier que le critère *ratione materiae* du domaine sur lequel ils portent.

B. Le fondement textuel unique à l'universalisme *ratione materiae* de l'égalité : l'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme

L'article 2 de la Déclaration ne sauvegarde l'égalité de traitement que dans le domaine des droits énoncés par le traité ; seul l'article 7 offre une garantie véritablement générale, seul l'article 7 offre une garantie universelle d'un point de vue matériel. Par ailleurs, la volonté de donner à l'égalité une véritable généralité s'atteste aussi dans l'expansion frappante du nombre d'exemples de motifs de non-discrimination fournis par l'article 2²³⁶, douze très

humaine universelle et de sujet direct du droit régissant cette société » ; in « La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme », *RCADI* 1951, tome 79, p. 283.

²³⁵ Nous visons là les précédents contenus dans les traités de minorités.

²³⁶ Ceux-ci seront d'ailleurs fidèlement repris dans les Pactes internationaux de 1966 respectivement relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels ainsi qu'aux droits civils et politiques. Pour un examen détaillé du choix

précisément. Dans ces conditions, il nous est cette fois-ci permis de parler d'un véritable et unique principe d'égalité qui est entièrement général en ce sens qu'il ne contient aucune limitation *a priori* de son applicabilité pour ce qui concerne tant la qualité de la personne que celle du domaine d'activité concerné. Il regarde toutes les personnes et s'étend à toutes les lois. Logiquement, l'article 7 aurait donc pu suffire à lui seul pour garantir l'égalité ; à l'origine d'ailleurs, « l'égalité devant la loi » formait la deuxième phrase de l'article 2²³⁷.

Il faut encore éclaircir un élément supplémentaire relatif au libellé de l'article 7. Celui-ci commence de la sorte : « Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi ». L'expression « égale protection de la loi » a été l'objet de nombreuses mésinterprétations sur le sol européen. Bien que les travaux préparatoires de l'article 7 soient particulièrement pauvres en explications, ils nous enseignent tout de même que l'adjonction de cette formule est issue d'un amendement américain, ce qui laisse penser de façon quasi certaine qu'il n'avait pour autre objet que de calquer la garantie de l'égalité dans la Déclaration sur la formule du 14^e amendement de la Constitution des États-Unis. Or, ce texte, suivant une « approche traditionnelle » depuis le début du XX^e siècle, forme le principal fondement du contrôle de l'égalité de traitement aux États-Unis ; il interdit que les lois aient un contenu ne reposant pas sur un fondement raisonnable ; sans entrer plus dans le détail, on s'arrêtera à l'idée selon laquelle l'impératif d'égalité pèse sur toutes les lois d'un État, tout comme l'égalité devant la loi. On peut donc affirmer que c'est une seule et même idée qui est exprimée par ces deux locutions, la seconde étant le pendant anglo-saxon de la première. Elles posent la même obligation, elles ont l'une comme l'autre le même champ d'application.

Même si cette consécration internationale d'une égalité universelle par la Déclaration de 1948 demeure largement symbolique du fait du caractère limité de sa portée juridique, elle reste incontournable en ce qu'elle a exercé une influence déterminante sur les conventions internationales ultérieures. Ce qui conduit René Cassin à dire de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 qu'elle « est une fille, d'ailleurs ingénieusement agencée, de la Déclaration universelle »²³⁸.

des motifs dans les différents textes internationaux, voir M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, pp. 42-56. Nous aimerions néanmoins apporter la nuance suivante : contrairement à ce qu'affirme l'auteur page 45, les termes « d'origine nationale » et plus encore de « naissance » n'étaient pas des nouveautés (ou alors depuis 1945), l'article 2 du traité du 10 juillet 1919 conclu avec la Pologne comporte déjà une mention à la nationalité et à la naissance.

²³⁷ M. Bossuyt, *op. cit.*, p. 84.

²³⁸ R. Cassin, « La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 », *op. cit.*, p. 13.

§ 2. La réception en deux temps par la Convention européenne des droits de l'homme

Aux termes de son préambule, la Convention de 1950 aménage « les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains droits énoncés dans la Déclaration universelle ». Il avait été admis que la Convention signée à Rome le 4 novembre 1950 n'était qu'une première étape et que de nouveaux droits viendraient la compléter par l'adjonction de protocoles additionnels. C'est ainsi que l'égalité universelle proclamée par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 sera accueillie en deux temps, particulièrement espacés, par le système régional de la Convention européenne des droits de l'homme. La première étape est celle de l'article 14 de la Convention européenne, qui sauvegarde une égalité partiellement générale (A), et la seconde étape est celle de l'article premier du Protocole n° 12 à la Convention, qui garantit enfin l'égalité de façon entièrement générale (B).

A. L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 : une égalité partiellement générale

Avec l'article 14, les rédacteurs européens de 1950 ont suivi le modèle de l'article 2 de la Déclaration universelle de 1948 (1) et repoussé celui figuré par son article 7 (2), pourtant omniprésent dans les documents préparatoires de la Convention. Si ces derniers demeurent silencieux sur les causes d'un tel rejet, la mise en perspective historique de ce choix fait comprendre qu'au regard du droit international, le modèle de l'article 7 et la généralité (ou l'universalité) de l'impératif qu'il pose, avait, en 1950, le désavantage d'une jeunesse encore beaucoup trop fraîche alors que la généralité restreinte (ou la spécialité) de l'article 2 avait le privilège de correspondre à un modèle bien plus ancien et donc mieux connu du droit international.

1. La filiation avec le modèle de l'article 2 de la Déclaration universelle

Dans l'enthousiasme de l'après-guerre, la première ébauche européenne d'une « Charte des droits de l'homme »²³⁹ a été réalisée par le Mouvement européen, d'une manière

²³⁹ C'est la terminologie utilisée (déjà utilisée, serait-on tenté de dire, si l'on pense au second souffle que connaît actuellement cette expression au sein de l'actuelle Union européenne) dans le « Message aux Européens » adopté par le Mouvement européen lors du « Congrès de l'Europe » qui s'est tenu à La Haye en mai 1948 et qui proclamait notamment : « Nous voulons une Charte des droits de l'homme, garantissant les libertés de pensée, de réunion et d'expression, ainsi que le libre exercice d'une opposition politique ; nous voulons une Cour de justice capable d'appliquer des sanctions nécessaires pour que soit respectée la Charte ». C'est là l'esquisse du système

non officielle en 1949, alors que naissait le Conseil de l'Europe. La première initiative formelle à l'origine de la Convention européenne des droits de l'homme vient de l'Assemblée consultative (parlementaire) du Conseil de l'Europe qui a élaboré un projet fortement influencé²⁴⁰ par les propositions du Mouvement européen, elles-mêmes largement inspirées de la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée un an plus tôt.

Le projet établi par le Mouvement européen, et plus précisément par la section juridique internationale (créée sous la présidence de Pierre-Henry Teitgen, avec Sir David Maxwell Fyfe et Fernand Dehousse comme rapporteurs joints), comporte deux dispositions relatives à l'égalité de traitement qui sont globalement assez proches des articles 2 et 7 de la Déclaration universelle, du fait même, déjà, de la présentation duale qui est donnée de l'égalité. Ainsi, le projet de convention mentionne-t-il, d'une part, « l'égalité devant la loi » (article 1 § i), et d'autre part, « la protection contre toute discrimination fondée sur la religion, la race, l'origine nationale, la profession d'une opinion politique ou de toute autre opinion » (article 1 § j)²⁴¹.

Aussi, lorsque Sir David Maxwell Fyfe et Pierre-Henry Teitgen présentent à l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, lors de sa première session de l'été 1949, les grandes lignes d'un projet de convention²⁴², ces deux dispositions figurent dans « la liste des libertés fondamentales et indiscutables » du futur traité. Ainsi, « l'égalité devant la loi, la protection contre toute discrimination fondée sur la religion, la race, l'origine nationale, la profession d'une opinion politique ou de toute autre opinion » font partie des questions proposées à l'examen de la Commission des affaires juridiques et administratives (présidée par Sir David Maxwell Fyfe avec Pierre-Henry Teitgen comme rapporteur)²⁴³.

à venir de la Convention européenne des droits de l'homme. Les travaux préparatoires de la Convention sont publiés par le Conseil de l'Europe sous la référence H(61)4 ; ils sont aussi édités par Martinus Nijhoff à La Haye en 8 volumes : *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1975. Nous ferons référence à cette dernière publication, ci-après désignée *Recueil*.

²⁴⁰ En plus de la similitude objective des projets, notons aussi, lors de la huitième séance (19 août 1949) de la première session de l'Assemblée consultative tenue à Strasbourg (10 août au 8 septembre 1949), la proposition de résolution présentée par P.-H. Teitgen, Sir D. Maxwell Fyfe et plusieurs de leurs collègues : « L'Assemblée recommande au Comité des ministres que dans la préparation de ladite Convention, soit pris en considération le projet annexe de cette proposition de résolution », c'est-à-dire celui du Mouvement européen ; *Recueil*, vol. 1, p. 37.

²⁴¹ Ces deux dispositions figurent parmi les droits visés par l'article premier du projet de convention proposé par le Mouvement européen et qui commence de la sorte : « Tout État partie à cette Convention garantira à toute personne sur son territoire les droits ci-dessous » ; voir le Projet pour la protection collective des droits de l'homme par les États membres du Conseil de l'Europe et pour la constitution d'une Cour européenne des droits de l'homme chargée d'assurer le respect de cette Convention, établi par la section juridique internationale du Mouvement européen ; *Recueil*, vol. 1, p. 297.

²⁴² Première session de l'Assemblée consultative tenue à Strasbourg du 10 août au 8 septembre 1949 ; huitième séance, le 19 août 1949 ; proposition de résolution tendant à recommander au Comité des ministres l'organisation au sein du Conseil de l'Europe d'une garantie collective des droits de l'homme présentée par P.-H. Teitgen, Sir D. Maxwell Fyfe et plusieurs de leurs collègues ; *Recueil*, vol. 1, p. 47.

²⁴³ Annexe de la lettre adressée, le 22 août 1949, par P.-H. Teitgen au Président de la Commission des affaires juridiques, et contenant une liste des questions proposées à l'examen de la Commission ; *Recueil*, vol. 1, p. 161.

La nécessité de protéger l'égalité d'une manière générale fut encore soulignée lors des débats à l'Assemblée²⁴⁴. Cependant, malgré ce souci affiché de protéger l'égalité en tant que telle, de façon entièrement générale, le droit à "l'égalité devant la loi" n'apparaît pas dans le projet présenté par Pierre-Henry Teitgen au nom de la Commission des questions juridiques de l'Assemblée consultative. Ce dernier affirme pourtant clairement que le projet s'inspire de la proposition du Mouvement européen²⁴⁵ et, surtout, de la Déclaration universelle : « La commission a estimé qu'il convenait, pour définir ces libertés à protéger, de s'inspirer autant que possible de la Déclaration des droits de l'homme, approuvée par l'Assemblée générale des Nations Unies »²⁴⁶. Pourtant, en matière d'égalité, le projet n'emprunte à la Déclaration de 1948 que son article 2²⁴⁷ et omet la protection fournie par son article 7²⁴⁸. La clause d'égalité est donc formulée ainsi : « Les libertés et droits fondamentaux ci-dessus énumérés seront garantis sans distinction [*without any distinction*]²⁴⁹ de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, d'appartenance à une minorité nationale, de fortune ou de naissance »²⁵⁰. On reconnaît là le futur article 14 de la Convention qui ne fait nulle mention de l' "égalité devant la loi". Or,

²⁴⁴ Le représentant irlandais, M. Everett, s'exprime ainsi : « Je suggère que les représentants ici réunis s'engagent à assurer à tous les citoyens, et en particulier à toute minorité existant dans leur pays [...] des garanties contre toute discrimination de nature religieuse ou politique [...] Dans de nombreux pays, des milliers de gens ont été emprisonnés à la suite de lois d'exception [...] La discrimination est pratiquée dans tous les domaines de la vie. Les emplois, le genre de travail, et même les logements sont souvent attribués suivant les idées religieuses du demandeur ». M. Jaquet, représentant français, après s'être référé aux déclarations de 1789 et de 1948, ajoute : « Quels sont donc ces droits que nous avons aujourd'hui le devoir d'affirmer ? Ce sont les droits individuels de la personne humaine. Tous les individus doivent être égaux devant la loi, quels que soient leur race, leur couleur, leur sexe, leur langue, leur religion, ou leur situation sociale ». Voir Discussion générale, huitième séance, le 19 août 1949 ; *Recueil*, vol. 1, respectivement p. 105 et p. 135.

²⁴⁵ Voir en ce sens, les propos de P.-H. Teitgen précédemment reproduits en note 240 à l'occasion de la proposition de résolution qu'il a présentée avec Sir David Maxwell Fyfe et plusieurs de leurs collègues lors de la huitième séance tenue le 19 août 1949.

²⁴⁶ Rapport présenté par P.-H. Teitgen au nom de la Commission des questions juridiques et administratives de l'Assemblée consultative ; séance du 6 septembre 1949 ; *Recueil*, vol. 1, p. 269.

²⁴⁷ Article 2 § 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 : « Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

²⁴⁸ Article 7 de la Déclaration universelle : « Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination ».

²⁴⁹ Nous ajoutons entre crochets les termes employés par la version anglaise dans la mesure où une divergence dans la terminologie est apparue par la suite, avec l'entrée en scène du Comité d'experts dans l'un de ses deux projets (celui d'origine britannique), et a perduré jusque dans les versions définitives. La version en langue française utilise l'expression « sans distinction aucune », alors que celle en langue anglaise emploie la tournure « *without discrimination* ». Cette dichotomie a en effet posé des problèmes d'interprétation. Elle n'était pourtant qu'une pure question de style ; elle a ensuite été perçue par la Cour européenne comme une différence de fond, pour des raisons que nous expliquerons ultérieurement : voir p. 130.

²⁵⁰ C'est la version de la Recommandation n° 38 adoptée par l'Assemblée le 8 septembre 1949 en conclusion des débats (*Recueil*, vol. 2, p. 279 ou encore vol. 1 p. 231), à cette nuance près - qui reste inexplicée à nos yeux - que l'adjectif « aucune » a disparu par rapport à la version votée telle qu'elle résulte du compte-rendu de la séance de ce même jour (*Recueil*, vol. 1, p. 209).

aucune explication de cette disparition ne ressort des débats au sein de la Commission²⁵¹, pas plus que la question n'a été discutée à l'Assemblée : l'article en cause ne suscite aucun débat, aucun amendement n'est déposé, mis aux voix : il est adopté tel quel²⁵². Étrange omission qui s'obscurcit encore un peu plus par la suite.

En effet, le Comité d'experts chargé, par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, de procéder à l'étude des propositions de l'Assemblée et de formuler des suggestions à leur sujet, avait élaboré deux projets de Convention. Le projet issu de la première réunion du Comité d'experts ressemble à celui arrêté par l'Assemblée, et notamment pour ce qui concerne la clause de non-discrimination qui est quasiment celle de l'Assemblée²⁵³. En revanche, le deuxième projet, apparu lors la seconde réunion, s'en éloigne, et tout particulièrement quant à la clause d'égalité contenue dans un article 14 ainsi rédigé : « 1) Tous sont égaux devant la loi. 2) Tout individu jouit des droits et libertés définis dans la présente Convention sans distinction [*without discrimination*] aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation »²⁵⁴. Ce dernier projet, d'origine britannique, s'aligne sur le projet de Pacte des Nations Unies, alors en voie d'élaboration, qui comportait un article inspiré de l'article 7 de la Déclaration universelle précisant que « Tous sont égaux devant la loi et se verront accorder l'égle protection de la loi »²⁵⁵. Le projet de Pacte faisait

²⁵¹ La proposition présentée par P.-H. Teitgen, rapporteur à la Commission des questions juridiques et administratives de l'Assemblée consultative, concernait un § 3 ainsi libellé : « Les libertés et droits fondamentaux ci-dessus énumérés seront garantis sans distinction aucune [*without distinction*], tirée notamment de la race, de la couleur, du sexe, de la langue, de la religion, d'une opinion politique ou de toute autre opinion professée sans violence, de l'origine nationale ou sociale, de l'appartenance à une minorité nationale, de la fortune ou de la naissance » (*Recueil*, vol. 1, p. 168). La version du § 3 adoptée par la Commission des questions juridiques et administratives par quatorze voix contre une et une abstention est, à un détail près, celle-là : « Les libertés et droits fondamentaux ci-dessus énumérés seront garantis sans distinction aucune [*without distinction*], tirée notamment de la race, de la couleur, du sexe, de la langue, de la religion, d'une opinion politique ou de toute autre opinion, de l'origine nationale ou sociale, de l'appartenance à une minorité nationale, de la fortune ou de la naissance ». (*Recueil*, vol. 1, p. 179). Le seul amendement intervenu visait à supprimer la référence à l'opinion « professée sans violence », aucun amendement n'a eu pour objet d'introduire l'égalité devant la loi, la question n'est pas même discutée.

²⁵² *Recueil*, vol. 2, p. 135.

²⁵³ La version de la « variante A » est celle-ci : Article 5 « Lesdits libertés et droits doivent être sauvegardés sans distinction [*without distinction*] aucune, tirée notamment de la race, de la couleur, du sexe, de la langue, de la religion, d'une opinion politique ou de toute autre opinion, de l'origine nationale ou sociale, de l'appartenance à une minorité nationale, de la fortune ou de la naissance » ; *Recueil*, vol. 4, p. 55 (Doc. CM/WP 1 (50) 15 annexe ; CM/WP 1 (50) 14 révisé, A 925 du 16 mars 1950).

²⁵⁴ C'est la version de la « variante B » ; *Recueil*, vol. 4, p. 65 (Doc. CM/WP 1 (50) 15 annexe ; CM/WP 1 (50) 14 révisé, A 925 du 16 mars 1950). On fera remarquer pour l'éventuel lecteur du *Recueil* que la variante A dans le volume 4 (ex. : vol. 4, p. 55) devient la variante B dans le volume 3 (ex. : vol. 3, p. 323) et inversement pour la variante B (ex. : vol. 4, p. 65/vol. 3, p. 321).

²⁵⁵ Document de travail préparé par le Secrétariat général ; section D : extrait d'un rapport adressé par la Commission des droits de l'homme des Nations Unies (sixième session) au Conseil économique et social (Doc. A 770) ; observation du Gouvernement du Royaume-Uni sur le projet de pacte international des droits de l'homme et sur les mesures de mise en œuvre, reçues par le Secrétariat général le 4 janvier 1950. Dans ses observations, le Royaume-Uni voulait modifier le projet de pacte en y introduisant une réserve concernant deux

effectivement partie des documents de travail du Comité. Malgré cela et une nouvelle fois, l'égalité devant la loi va disparaître, sans explication aucune, des textes des travaux préparatoires. Pourtant, ce deuxième projet est le plus proche de ce qui deviendra la Convention européenne puisque, lors de l'étape ultérieure, la Conférence des hauts fonctionnaires y a puisé la plus grande part de la version qu'elle a soumise, durant l'été 1950, au Comité des ministres, à l'exception de... l'égalité devant la loi.

C'est donc l'autre terme de l'alternative qui a finalement triomphé²⁵⁶ ; la version définitivement adoptée par le Comité des ministres dans le célèbre article 14 est la suivante : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation »²⁵⁷. Le modèle de clause qui a été suivi est le vieux modèle international figuré par l'article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme en tant qu'il est le descendant des anciennes clauses de discrimination des traités de minorités datant déjà du XIXe siècle.

Comme le remarque Michel Melchior : « ce qui est surprenant, c'est de constater qu'à partir d'un certain stade de l'évolution de la genèse de la Convention (celui du Comité de hauts fonctionnaires), telle qu'on peut la déceler par l'examen des travaux préparatoires, la disposition du paragraphe premier – la mention du principe d'égalité devant la loi – va

formes d'incapacité : « Tous sont égaux devant la loi et se verront accorder l'égalité de la loi, *sous réserve que le présent article ne soit pas considéré comme interdisant de frapper d'incapacité légale, dans les cas bien fondés, des mineurs et des personnes non saines d'esprit* » (*Recueil*, vol. 3, p. 165). L'avant-projet britannique de convention mentionnait d'ailleurs ces deux hypothèses ainsi que - notons-le - la surabondante mention à l'égalité de la loi, toutes supprimées (ci-après le texte présenté hors italique) par la suite par le Comité : Article 14 § 1 « Tous sont égaux devant la loi *et se verront accorder l'égalité de la loi, sous réserve que le présent article ne soit pas considéré comme interdisant de frapper d'incapacité légale, dans les cas bien fondés, des mineurs et des aliénés* » ; § 2 « Tout individu se verra accorder tous les droits et libertés définis dans la présente Convention sans distinction [*without discrimination*] aucune, fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation » ; l'avant-projet britannique : *Recueil*, vol. 3, p. 289 (Doc. CM/WP 1 (50) 2 ; A 915) ; le projet britannique tel qu'amendé par le Comité : *Recueil*, vol. 3, p. 295 (Doc. CM/WP 1 (50) 10 ; A 919) ou vol. 3, p. 323.

²⁵⁶ Le texte (unique) de convention proposé par la Conférence de hauts fonctionnaires est alors un article 13 ainsi formulé : « 1) Les droits et libertés définis dans la présente Convention doivent être sauvegardés sans distinction [*without discrimination*] aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. 2) Les restrictions apportées aux dits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues » ; *Recueil*, vol. 4, pp. 226-227 (Doc. CM/WP 4 (50) 16 annexe ; A 1445). La réunion, sous un même article, de la protection de l'égalité d'un côté, et de l'autre du souci de la cohérence téléologique des restrictions aux droits, illustre la difficulté d'envisager l'égalité elle-même, comme un droit à part entière.

²⁵⁷ Celui-ci a repris telle quelle la proposition des hauts fonctionnaires, hormis deux changements. Le premier, anecdotique, concerne la formulation « les droits et libertés définis dans la présente Convention doivent être sauvegardés... » (*Recueil*, vol. 4, p. 226-227) qui a été remplacée par « la jouissance des droits et libertés doit être assurée... » (*Recueil*, vol. 5, p. 85 et p. 129). Le second a consisté en la suppression du § 2 portant sur la cohérence téléologique des mesures restrictives (*ibid.*).

disparaître des documents soumis à la réflexion des officiels sans que jamais cette omission ne fasse l'objet d'une explication ou d'une justification ni même ne suscite quelque réaction ou prise de position que ce soit »²⁵⁸, pas même lors de la deuxième session de l'Assemblée. L'absence de l'égalité devant la loi de la version finale de l'article 14 de la Convention²⁵⁹, et plus encore l'inexistence d'une quelconque discussion à ce propos ne laissent effectivement pas d'étonner. Étrange omission, aussi mystérieuse que l'absence de l'égalité parmi les « droits naturels et imprescriptibles » énumérés par la Déclaration française de 1789²⁶⁰.

Rester sur un tel silence serait cependant insatisfaisant : c'est pourquoi il est nécessaire de s'essayer à une tentative d'explication de cet acte manqué. Comme en 1789, il nous semble que c'est précisément la construction de l'égalité (entendre une égalité générale) en tant que droit qui n'a cessé et ne cesse encore de faire problème.

2. Le rejet du modèle de l'article 7 de la Déclaration universelle

Dans le silence des travaux préparatoires de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, il convient ici de s'interroger sur les raisons profondes du rejet du modèle figuré par l'article 7 de la Déclaration de 1948. Ce mutisme nous semble d'ailleurs d'autant plus éloquent qu'il témoigne du caractère structurel de ces causes qui agissent chez les experts internationaux de l'après-guerre de manière inconsciente, de sorte que l'omission en question passe d'une certaine manière pour aller de soi. Ces raisons peuvent se résumer simplement : la trop grande jeunesse du modèle égalitaire matérialisé par l'article 7 de la Déclaration universelle.

La réception du principe d'égalité devant la loi par le droit international de l'après-guerre concentre toutes les difficultés liées à une telle transposition. Il ne faut pas perdre de vue qu'à cette période, le principe d'égalité devant la loi comme le droit international viennent, tous deux, de franchir une étape de leur histoire dont ni l'un ni l'autre n'est complètement sorti. D'un côté, la compréhension de l'égalité devant la loi vient tout juste de se séparer des interprétations qui la caractérisaient jusque-là, de l'autre le régime du droit international des droits de l'homme commence à peine à se détacher de celui du droit

²⁵⁸ M. Melchior, « Le principe de non-discrimination dans la Convention européenne des droits de l'homme », in A. Alen et P. Lemmens (dir.), *Égalité et non-discrimination*, Kluwer, Anvers, 1991, p. 7.

²⁵⁹ Le texte définitif, celui adopté lors de la sixième session du Comité des ministres à Rome le 4 novembre 1950 est, rappelons-le, celui-ci : Article 14, « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction [*without discrimination*] aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation » ; *Recueil*, vol. 7, p. 59.

²⁶⁰ Selon les termes de son article 2. Voir O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, op. cit., p. 43 : l'auteur y montre que la célèbre omission de l'« égalité des droits » de la Déclaration des droits de 1789, par comparaison avec celle de 1793, relève plus du mystère que d'une volonté affirmée, contrairement à ce qui est classiquement enseigné à la suite de Duguit et Hauriou.

international général. Ceci explique pour une large part le choix effectué en 1950 de ne pas retenir le modèle figuré par l'article 7 de la Déclaration de 1948 lorsqu'il s'est agi de mettre en place au niveau européen un instrument réellement contraignant.

Au regard du droit international de l'après-guerre, la définition du principe d'égalité devant la loi est doublement nouvelle. En ce qui concerne, d'abord, la question de l'étendue des titulaires du droit à l'égalité devant la loi, ce qui n'est pas encore complètement assimilé, c'est que les étrangers font désormais partie du cercle des égaux (a). Relativement, ensuite, à la détermination du contenu de l'obligation d'égalité de traitement, ce qui demeure difficile à intégrer, c'est que l'égalité ne proscrie pas toute différence de traitement (b).

a. La résistance de l'égalité devant la loi à l'égard des étrangers

Si les rédacteurs de la Convention n'ont pas choisi de protéger l'égalité de façon générale par le truchement de la formule d'égalité devant la loi, c'était sans doute parce qu'ils étaient réticents à admettre qu'avec la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, les étrangers sont devenus des titulaires à part entière du droit à l'égalité devant la loi²⁶¹, ce qu'ils n'étaient pas dans les traités de minorités. S'il en était encore besoin, rappelons une dernière fois que, dans les traités de minorités, la protection internationale de l'égalité empruntait deux voies : d'un côté "l'égalité devant la loi" qui s'adressait à tous les nationaux, et de l'autre une égalité qui s'élargissait aux étrangers mais se limitait à quelques droits bien précis. L'idée d'une égalité, générale, principielle, *a priori*, était réservée aux nationaux. En revanche, concernant les non-nationaux, l'égalité n'était, pour ainsi dire, pas présumée à leur égard ; elle n'avait rien d'un principe général, elle leur était uniquement garantie de manière spéciale, relativement à quelques droits très restreints. Cette mise en perspective historique fait apparaître que l'égalité protégée par l'article 14 de la Convention est l'héritière de cette seconde hypothèse. L'égalité n'y est accordée que de façon spéciale : elle ne concerne que les droits et libertés proclamés par la Convention. Comme l'exprime typiquement la Cour : « l'article 14 n'a pas d'existence indépendante »²⁶².

Si elle intègre les non-nationaux, la généralité du principe d'égalité devant la loi remet en cause le paradigme qui, pendant longtemps, structurait le statut juridique de l'individu. Dans son versant international, elle revient sur la division fondamentale classique, un abîme en réalité, entre nationaux et étrangers. Dans son versant interne, elle réfute l'exclusion, tout aussi classique, des étrangers de l'égalité devant la loi. Envisagée encore sous un autre angle,

²⁶¹ Pour un aperçu des faiblesses du principe de non-discrimination à l'égard des non-nationaux dans le droit international conventionnel : D. Lochak, « La notion de discrimination et sa place dans le droit international conventionnel et jurisprudentiel », in *Droits des personnes privées de leur liberté – Égalité et non-discrimination – Actes du 7^e colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme* (Copenhague, Oslo, Lund, 30 mai-2 juin 1990), Strasbourg, Engel, 1994. (pp. 145-155), pp. 153-155.

²⁶² Pour un exemple, parmi d'autres, de cette formule devenue usuelle : CourEDH, *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, § 29.

l'inclusion de l'égalité devant la loi dans la Convention comporte des conséquences sur deux plans. Pratiquement, elle permet la contestation d'un nombre beaucoup plus grand de législations par les étrangers²⁶³. Symboliquement, elle met sur un même plan toutes personnes relevant de la juridiction des États membres de la Convention.

Cette idée, que l'on trouvait dans les traités de protection des minorités, selon laquelle la formule "l'égalité devant la loi", même élevée au rang international, n'avait de sens qu'à l'égard des nationaux, bref, la conception qui voit dans l'égalité devant la loi bien plus un droit du citoyen qu'un droit de l'homme à proprement parler, demeure sans aucun doute encore présente dans la conscience juridique dominante de l'après guerre. Cela explique certainement l'ampleur des réticences qui ont joué à son encontre en 1950. Ce qui était vrai en 1950 l'a encore été pendant un certain temps par la suite.

Cette crainte a effectivement été exprimée ultérieurement, en 1959, dans le rapport de la Commission juridique relatif au projet de deuxième protocole additionnel : « une clause générale de non-discrimination pourrait susciter des problèmes insolubles, par exemple en ce qui concerne le traitement des étrangers »²⁶⁴. Il est vrai que « dans le droit de la plupart, sinon de la totalité, des États membres du Conseil de l'Europe, certaines distinctions fondées sur la nationalité sont par exemple opérées quant à certains droits ou prestations »²⁶⁵. Ceci n'eut finalement pas été un réel problème s'il avait été entendu que l'égalité pouvait être modulée, et donc autorisait le traitement différent, particulièrement à l'égard des étrangers²⁶⁶.

b. La résistance de l'égalité devant la loi à l'égard de la différence de traitement

En effet, le principe d'égalité peine très certainement à se débarrasser de l'interprétation des périodes classique et restrictive qui comprennent, toutes deux, l'égalité de

²⁶³ À ce sujet voir par exemple : K. Doehring, « Non-Discrimination and Equal Treatment under the European Human Rights Convention and the West German Constitution with particular reference to Discrimination against Aliens », *The American Journal of Comparative Law* 1970, vol. 18, n° 2, pp. 305-325.

²⁶⁴ Rapport du 17 novembre 1959, relatif au deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, projet de recommandation, présenté par H. Lannung au nom de la Commission juridique ; Doc. 1057, § 14, p. 12.

²⁶⁵ Rapport explicatif du Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme, § 19. En ce sens aussi, le recensement effectué par M. Bossuyt : « l'examen des constitutions nationales mentionnant certains motifs de discrimination permet de remarquer que dans leur grande majorité (cinquante-neuf constitutions sur un total de soixante-quinze), ces constitutions contiennent un ou plusieurs motifs appartenant à la catégorie "nationale" » ; M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination...*, *op. cit.*, p. 53.

²⁶⁶ Pourtant, dans le même temps qu'il craignait des problèmes insolubles à l'égard des étrangers, le rapport de la Commission juridique relatif au projet de deuxième protocole additionnel faisait remarquer, en 1959 déjà, qu'« il n'est pas sans intérêt de relever que, dans ses décisions, la Commission des droits de l'homme a jugé que toute différenciation ne constitue pas forcément une discrimination » (Doc. 1057, § 14, p. 13 ; pour des exemples de décisions de la Commission en ce sens : voir *infra* p. 189). Le fait que cet argument n'a pas été décisif et n'a joué aucun rôle prouve justement que cette définition du principe de non-discrimination n'était pas encore banalisée. N'oublions pas que nous étions à l'extrême commencement de la vie de la Convention et qu'elle était, de surcroît, noyée parmi d'autres alternatives confusément interprétées : voir *infra* p. 106 et p. 111.

façon absolue comme une pure identité de traitement. On sait qu'en droit interne, une telle signification du principe d'égalité devant la loi a été inaugurée à un niveau supra-législatif, de façon largement idéaliste, par la période constitutionnelle classique, et qu'elle a pu traverser la période restrictive, de manière pratique cette fois, en raison – précisément – de sa réduction (le plus souvent) dans l'idée de généralité de la loi, à un niveau (le plus souvent aussi) infra-législatif. Or, ce qui n'est sans doute pas encore tout à fait acquis, c'est la possibilité d'une modulation du principe d'égalité. Ce qui demeure difficile à envisager pour la conscience juridique internationaliste de l'époque, c'est qu'en s'imposant en amont de la loi, par le biais d'une règle internationale amenée à recevoir une sanction juridictionnelle, l'égalité n'est plus en capacité de conserver une signification aussi inflexible dans la mesure où un législateur peut difficilement – c'est là bien sûr un euphémisme – adopter une réglementation uniforme pour la totalité des questions sur lesquelles il statue. C'est d'autant moins facile que le droit international des droits de l'homme dans son ensemble repose philosophiquement sur un universalisme, lui aussi encore très classique, au terme duquel les droits sont rigoureusement les mêmes pour tous. Il est donc malaisé d'abandonner une tradition juridique et philosophique aussi ancienne.

Cette difficulté se manifeste par la survivance, côte à côte, de la signification classique et de la signification restrictive de l'égalité devant la loi dans la présentation qu'en font les experts internationaux pour le compte du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, au début des années 1970, alors que se posait la question de savoir s'il fallait s'aligner sur le Pacte des Nations Unies relatifs aux droits civils et politiques. L'article 26 du Pacte²⁶⁷ a en effet très vite succédé à l'article 7 de la Déclaration universelle dans le rôle de modèle d'une clause générale d'égalité devant la loi²⁶⁸. Ainsi, « les experts ont relevé des travaux préparatoires que deux significations différentes peuvent être données à la phrase “toutes les personnes sont égales devant la loi”. D'une part, on peut estimer que la loi devrait être la même pour tous, c'est-à-dire empêcher de prévoir des incapacités juridiques raisonnables pour certaines catégories de personnes, comme les mineurs ou les faibles d'esprit. Suivant l'autre interprétation, l'expression ne se rapporte pas au contenu de la loi elle-même, mais bien aux conditions dans lesquelles la loi doit être appliquée [...] et n'empêcherait pas de procéder à des différenciations raisonnables entre individus et groupe d'individus »²⁶⁹

²⁶⁷ Article 26 du Pacte international des droits civils et politiques du 16 décembre 1966 : « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ». À propos de l'élaboration de cet article : Ermacora F., *Diskriminierungsschutz und Diskriminierungsverbot in der Arbeit der Vereinten Nationen*, Vienne/Stuttgart, Braumüller, 1971, p. 70.

²⁶⁸ Déjà lors des travaux préparatoires de la CEDH, la question se posait de savoir s'il fallait suivre le Pacte, qui était alors encore à l'état de projet.

²⁶⁹ Le lecteur aura constaté que la citation est coupée par des crochets : c'est un choix délibéré car l'extrait que nous avons préféré ne pas mentionner complique inutilement la question. Cependant, par souci de rigueur, il nous semble nécessaire de faire figurer la citation *in extenso* dans la présente note (nous signalons au lecteur que les précisions entre crochets sont ajoutées par nous) : « les experts ont relevé des travaux préparatoires que deux

contrairement à la première interprétation qui « ferait surgir des difficultés considérables pour son application et sa réalisation ». On le comprend, l'inconvénient de la première interprétation de l'égalité devant la loi, c'est sa rigidité. Plus exactement encore, le problème vient du fait que cette conception absolue de l'égalité trouve à s'appliquer à la loi, qu'elle s'impose au contenu de la loi, et donc interdirait à la loi toute différence de traitement, tout régime spécial. On a ici l'illustration de la difficulté à imaginer que l'égalité intègre la différence de traitement²⁷⁰. C'est précisément cet inconvénient que n'aurait pas la seconde interprétation. En réduisant l'interdiction de la différence de traitement aux actes d'applications de la loi, l'égalité continue, à leur égard, d'être comprise comme une pure identité de traitement. Libérée d'une telle obligation, la loi n'est donc plus obligée d'avoir un contenu invariablement identique pour tous. Le législateur peut donc, quant à lui, procéder à des différences de traitement. Curieuse façon d'accueillir l'idée de différence puisqu'elle a pour conséquence de laisser ces différences incontrôlées au niveau législatif.

On aura bien sûr reconnu la vieille interprétation restrictive de l'égalité devant la loi, issue du droit interne. Bien que resté sans aucune suite, ce fut la seule et unique fois qu'un élargissement de ce type n'a pas été considéré avec défaveur, mais ce fut pour de bien mauvaises raisons. Elles illustrent la difficulté de l'égalité à se détacher de la signification qui la caractérisait jusqu'au premier tiers du XXe siècle et d'après les termes de laquelle aucune distinction n'était possible. La vacuité d'une extension de la protection de l'égalité qui se

significations différentes peuvent être données à la phrase "toutes les personnes sont égales devant la loi". D'une part, on peut estimer que la loi devrait être la même pour tous, c'est-à-dire devrait empêcher de prévoir des incapacités juridiques raisonnables pour certaines catégories de personnes comme les mineurs ou les faibles d'esprit. Suivant l'autre interprétation, l'expression ne se rapporte pas au contenu de la loi elle-même, mais bien aux conditions dans lesquelles la loi doit être appliquée. La disposition tend à assurer un traitement égal [comprendre identique à un niveau infra-législatif], mais pas identique [comprendre identique à un niveau supra-législatif] et n'empêcherait pas de procéder à des différenciations raisonnables entre individus et groupe d'individus ». Il s'agit des paragraphes 225 et 226 des observations du comité d'experts en matière de droits de l'homme dans son rapport de septembre 1970 sur les problèmes découlant de la coexistence des Pactes des Nations Unies et de la Convention européenne des droits de l'homme ; Doc. H (70), p. 52. Nous reviendrons plus loin sur les conclusions qui ont été tirées de ce constat par les experts (voir *infra* p. 111).

²⁷⁰ Certes, lorsqu'elle a eu à interpréter l'article 14, et comme elle l'a elle-même relevé, lors de l'*Affaire linguistique belge*, dans son mémoire sur le fond du 12 juillet 1967, la Commission européenne des droits de l'homme « a déjà admis, à plusieurs reprises, que l'article 14 n'exclut pas la possibilité, pour une Haute Partie contractante, d'opérer une différenciation dans les mesures qu'elle est appelée à prendre, en ce sens que ces mesures peuvent s'appliquer à certains groupes de personnes à l'exclusion d'autres groupes (voir entre autres, décision du 16 décembre 1955 sur la recevabilité de la requête n° 54/55, *Stahl c. RFA*, non publiée ; décision du 16 décembre 1963 sur la recevabilité de la requête n° 1167/67, *Trunck c. RFA*, *Annuaire* VI, p. 221) » (Mémoire de la Commission précité, § 10, *Série B*, p. 46). Cependant, cette interprétation, bien que très rapidement adoptée, n'était pas encore suffisamment banalisée pour s'imposer d'évidence. On en veut pour preuve qu'elle a justement constitué l'un des enjeux majeurs de l'interprétation de l'article 14 par la Cour dans de cette affaire (voir l'arrêt du 23 juillet 1968, § 4). Il est donc aisé de deviner qu'une telle interprétation était d'autant moins certaine pour ce qui concerne la clause d' "égalité devant la loi". Cela tombe sous le sens en 1950, lors de la rédaction de la Convention ; mais cela reste vrai encore après, alors que cette jurisprudence relative à l'article 14 était en train de se constituer, le débat de l'*Affaire linguistique* en date de la fin des années 1960 en atteste (voir *infra* p. 130).

serait limitée à ne contrôler que l'application de la loi a, le reste du temps, été dénoncée comme nous allons l'examiner à présent.

B. L'article premier du Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme : une égalité entièrement générale

Un demi-siècle aura donc été nécessaire pour que le mécanisme européen de protection des droits de l'homme protège enfin le droit à l'égalité de traitement de façon générale, à l'instar de la déclaration onusienne. Le Protocole n° 12 vient combler une lacune majeure de la Convention. Ce retard devenait d'autant plus intenable que ce droit figure dans la quasi-totalité des catalogues nationaux de droits fondamentaux, et que la plupart des États européens se sont engagés à respecter ce droit dans le cadre du Pacte sur les droits civils et politiques.

Retracer l'histoire de l'élargissement de la protection de l'égalité revient, dès lors, à faire la chronique d'un long atermoiement sur lequel il est utile de revenir car il met à jour, de façon significative, l'ensemble des difficultés et des appréhensions liées à la transposition d'un principe général d'égalité dans le champ du droit international. Les divers travaux menés au sein du Conseil de l'Europe sur cette question sont tous, plus ou moins, caractérisés par la crainte d'un principe général d'égalité, et notamment sous la formule d' "égalité devant la loi" contenue à l'article 26 du Pacte, qui a continuellement rempli la fonction d'étalon durant toute cette période. Tout le problème réside précisément dans la généralité de l'impératif posé par une clause générale d'égalité de traitement puisqu'elle favorise la multiplicité des interprétations et subséquemment l'incertitude quant à l'étendue de l'engagement étatique. Voilà la raison fondamentale du refus qui a longtemps été opposé à l'idée d'une protection pleinement générale par la Convention européenne (1) et qui explique encore la difficulté entourant la rédaction du Protocole n° 12 (2).

1. La tardive rédaction du Protocole n° 12 : une généralisation longtemps repoussée

Longtemps refusée en raison de la crainte qu'elle suscite (a), l'idée d'une protection générale de l'égalité a commencé à s'imposer dans les années 1990, en raison du changement du contexte juridique et politique dans lequel elle s'inscrit (b).

a. Le refus jusque dans les années 1990 : une généralisation redoutée

La peur du caractère "ouvert", et dans une certaine mesure "indéterminé", d'un principe général d'égalité individuelle transposé en droit international était, et est encore, un phénomène largement répandu. Cette appréhension se vérifie d'abord dans un fait peu connu,

à savoir que, jusqu'à une période très récente, les propositions d'élargissement émanant principalement de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe étaient elles-mêmes déjà particulièrement timorées, en ce sens qu'elles n'ont que très rarement incité à un élargissement véritablement général, soit qu'elles ne suggérassent qu'un élargissement sectoriel, soit qu'elles limitassent l'égalité à la seule application de la loi. La facilité de la première solution a été une tentation constante durant toute cette période : elle a consisté à restreindre l'élargissement de l'interdiction de la discrimination au domaine de l'emploi dans les premières années essentiellement, et plus récemment au domaine des discriminations sexuelles ou raciales. La deuxième option – qui n'est rien d'autre que la rémanence au niveau international de significations restrictives de l'égalité devant la loi ayant existé en droit interne – est présente dans toutes les propositions faites jusqu'au milieu des années 1970. Aussi, lorsque les experts intergouvernementaux ont été amenés à examiner ces hypothèses (ultra) restrictives, celles-ci n'ont fait qu'ajouter à la confusion en raison de l'incohérence de leur transposition à l'échelon d'un contrôle juridictionnel international. Par ailleurs, la crainte d'une interprétation (ultra) extensive toujours possible de l'égalité devant la loi a continûment été présente, mais, assez impensable dans un premier temps, elle est devenue la caractéristique de la seconde période qui commence de façon tangible vers le début des années 1970.

– *Une crainte attestée par des hypothèses restrictives*

Dès les premières années de vie de la Convention puis de façon répétée par la suite, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe n'a cessé de demander l'élargissement de l'interdiction de la discrimination par le biais d'un protocole additionnel. Elle a continuellement exprimé son souhait de voir la protection de l'égalité renforcée d'après le modèle du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques. L'article 26 de ce Pacte a effectivement joué le rôle de référence constante pour la revendication de l'élargissement de la garantie de l'égalité de traitement. Pourtant, nous le verrons également, le modèle onusien n'a jamais été entièrement assumé.

En 1960 déjà, dans sa Recommandation 234 (1960), l'Assemblée proposait la rédaction d'un deuxième²⁷¹ protocole additionnel qui avait pour objet d' « inclure dans la liste des droits que protègent la convention et le premier protocole additionnel, certains droits civils et politiques qui n'y figurent pas », mais dont le Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques, alors encore à l'état de projet, prévoyait la reconnaissance²⁷². La proposition de protocole additionnel présentée par l'Assemblée²⁷³

²⁷¹ Ce projet devait en effet former le deuxième protocole additionnel, il allait devenir en réalité le quatrième.

²⁷² La Recommandation indique expressément qu'elle intervient en « tenant compte des travaux en cours aux Nations Unies en vue de l'élaboration d'un Pacte relatif aux droits civils et politiques ».

²⁷³ Voir le Rapport du 17 novembre 1959, relatif au deuxième Protocole additionnel à la Convention des droits de l'homme, projet de recommandation, présenté par la Commission juridique (Doc. 1057) ; puis sa discussion

comportait, à l'instar du projet de Pacte, une clause générique assurant "l'égalité devant la loi" déclinée sous deux versions différentes²⁷⁴. Cependant, dans le même temps qu'elle était souhaitée, la généralité d'une telle proclamation suscitait aussi une certaine crainte, qui plus est, chez les auteurs même de la recommandation. La Commission juridique de l'Assemblée n'a effectivement pas osé reprendre la version onusienne dans son intégralité au motif qu'elle « ne saurait souscrire à une clause contenant un engagement aussi vague, aussi général et imprécis, et il en serait certainement de même pour les États membres »²⁷⁵. En conséquence, les deux versions proposées étaient présentées comme étant, prétendument, plus restrictives que la disposition correspondante du projet de Pacte²⁷⁶. Elles se voulaient en retrait par rapport à ce dernier, et de façon globale par rapport à la généralité impliquée par la formule d'égalité devant la loi. En tout état de cause, les interprétations étaient mal assurées et cette confusion brouillait d'autant la lisibilité et l'impact des recommandations effectuées.

Cela s'est ensuite vérifié en 1965, dans le rapport du Comité d'experts chargé d'examiner les propositions de la Recommandation 234 (1960) de l'Assemblée. En effet, « le Comité a estimé ne pas devoir insérer dans son projet une disposition relative à l'égalité devant la loi. Le Comité a constaté que la notion d'égalité devant la loi pouvait recevoir des interprétations juridiques fort différentes. Il a dès lors été d'avis qu'il ne convenait pas d'inclure cette notion dans le texte d'une convention multilatérale ayant force obligatoire »²⁷⁷.

par l'Assemblée le 22 janvier 1960 (30^e séance, 11^e session ordinaire) ; et enfin l'adoption le 22 janvier 1960 de la Recommandation 234 « relative au deuxième Protocole additionnel à la Convention des droits de l'homme ».

²⁷⁴ Le projet de Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques comportait un article 24 (futur article 26) qui servait alors de référence et qui portait sur « l'égalité devant la loi par opposition à l'égalité dans la jouissance des droits et libertés garantis par la Convention (déjà consacrée, elle, par l'article 14 de la Convention, auquel correspondent les articles 2 § 1, et 3 du projet de Pacte) » comme l'indique le rapporteur H. Lannung dans sa présentation du projet de recommandation le 11 novembre 1959 (Doc. 1057, § 5, pp.7-8).

²⁷⁵ Doc. 1057, p. 12.

²⁷⁶ Les explications fournies par le rapporteur à l'Assemblée à l'appui des différences de signification entre les divers énoncés étaient particulièrement abstruses. Elles exprimaient toutes une appréhension à l'égard de la vastitude de la notion d'égalité devant la loi et traduisaient la volonté d'en réduire la portée supposée. L'une de ces acceptions réduisait le principe d'égalité devant la loi à un « *égal recours* devant la loi », (autrement dit un égal droit au recours effectif) ; il faut sans doute apercevoir là l'influence du courant doctrinal répandu en droit interne qui interprète l'égalité devant la loi de façon restrictive en ne liant que les autorités d'application de la loi à savoir le juge et l'administration. L'exposé fait par H. Lannung de la variante A dans son rapport à l'Assemblée est le suivant : « La première phrase de cette variante pose le principe général d'égalité, tandis que la seconde précise, en quelque sorte, ses modalités d'application. Il convient de noter que ce texte prévoit *l'égalité de protection* des droits des individus, mais non pas nécessairement l'égalité des droits eux-mêmes. C'est ainsi qu'il permettrait *l'inégalité de rémunération* de la main-d'œuvre féminine, mais leur assurerait à toutes deux un égal recours devant la loi en vue d'obtenir le paiement de leur rémunération » (Doc. 1057, p. 13).

²⁷⁷ Voir le § 36 du Rapport du Comité d'experts en matière de droits de l'homme sur le quatrième protocole à la Convention européenne des droits de l'homme reconnaissant certains droits autres que ceux figurant déjà dans la Convention et le premier protocole additionnel ; rapport du 18 octobre 1965 ; Document du Conseil de l'Europe, H (65) 16, §§ 36-37, pp. 26-27 ; également cité dans le Rapport sur la suppression de la discrimination injuste et la protection contre celle-ci, projet de recommandation présenté par la Commission des questions juridiques de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, le 22 janvier 1970 ; Doc. 2703, p. 27. Dans son rapport de 1965, le Comité d'experts chargé de préparer le projet de ce qui sera le quatrième (et non le deuxième) protocole

« Le Comité a examiné s'il ne serait pas possible de limiter la garantie envisagée au droit à l'égal application de la loi. La majorité des experts a été d'avis qu'une disposition, même circonscrite dans ces limites, ne pourrait être retenue et cela pour des raisons... » qui sont les suivantes : « (a) L'utilité d'un article reconnaissant le droit à l'égal protection ou à l'égal application de la loi est douteuse, car un tel droit se trouve déjà largement garanti par des dispositions de la Convention, notamment l'article 6 et l'article 14. (b) D'autre part une telle formule, de par son caractère vague et général, serait susceptible de donner lieu à des constructions juridiques dangereuses. (c) Enfin, si une telle disposition était adoptée, les organes de 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. La Commission se trouverait en effet saisie d'un grand nombre de recours alléguant que des jugements de cours et tribunaux n'auraient pas assuré au justiciable, une égale application de la loi. Pratiquement, la Commission serait obligée d'entrer dans le contrôle d'une masse de faits pour apprécier si la juridiction nationale a appliqué correctement la loi au regard de la règle de l'égalité de traitement »²⁷⁸.

Les motivations du rapport de 1965 sont particulièrement instructives²⁷⁹. Après avoir excipé, à titre d'argument principal, du conflit d'interprétation dont le principe d'égalité devant la loi fait l'objet, le Comité d'experts passe à l'examen de l'une de ces interprétations : celle qui – comme le dit fort bien le Comité – a pour caractéristique de « limiter la garantie envisagée à l'égal protection ou à l'égal application de la loi »²⁸⁰. On retrouve ici le célèbre, mais non moins désastreux, lieu commun de la pensée juridique qui présente la protection de l'égalité suivant un dualisme controuvé, opposant "l'égalité devant la loi" à une "égalité dans la loi". Il est construit sur « la proposition selon laquelle l'égalité devant la loi ne peut être interprétée, sans en forcer le sens, comme s'imposant au législateur lui-même »²⁸¹. De la sorte, l'égalité devant la loi est interprétée comme une égalité dans l'application d'une loi (encore décrite comme une "égalité formelle") opposée à l'égalité dans la loi, entendue comme une égalité à respecter lors de l'édition d'une loi (encore décrite comme une "égalité

additionnel ne retint donc pas la proposition de la Recommandation 234 d'inclure une clause d'égalité devant la loi.

²⁷⁸ *Ibid.* § 37.

²⁷⁹ À la différence de M. Melchior, nous ne considérons pas que « les raisons données pour ce refus apparaissent quelque peu étranges et d'un fondement juridique douteux » ; voir l'article, d'ailleurs remarquable, de M. Melchior, « Le principe de non-discrimination dans la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 9-10. Si M. Melchior reste perplexe devant l'argumentation des experts de 1965, et particulièrement celle qui touche à la combinaison de l'article 14 avec l'article 6, en leur reprochant de « donner à la garantie du procès équitable une portée qu'il n'a pas », c'est qu'il est peut-être passé à côté du fait que l'examen des experts porte sur une interprétation très précise de la notion d'égalité devant la loi, celle qui, comme l'énoncent pourtant très explicitement les experts, « limite la garantie envisagée à l'égal protection ou à l'égal application de la loi » ; c'est l'interprétation répandue, par Kelsen notamment, selon laquelle l'égalité devant la loi (contrairement à l'égalité dans la loi) se réduit à un principe de régularité de l'application du droit ; autrement dit, à un principe de légalité, les organes d'application d'une loi étant liés par les distinctions que fait la loi.

²⁸⁰ Doc. H 65, § 37, p. 27 ; l'italique est de notre fait.

²⁸¹ O. Jouanjan, *Le principe d'égalité en droit allemand*, *op. cit.*, p. 11.

matérielle”). Les experts constatent très justement la vacuité d’un élargissement de la protection qui n’en serait pas un. Pourquoi, en effet, retenir une interprétation qui réserve l’obligation d’égalité aux seuls organes chargés d’appliquer la loi ? Quel intérêt y a-t-il à internationaliser une garantie qui a pour objet de soustraire le législateur à l’obligation d’égalité ? Le présupposé qui présidait à une telle interprétation du principe d’égalité devant la loi dans l’ordre juridique national – à savoir la déférence à l’égard de la souveraineté parlementaire – devient juridiquement inepte une fois transposé dans l’ordre juridique international, qui impute la responsabilité, de façon indivisible, au seul État, parce que précisément fondé sur un autre présupposé : la souveraineté étatique. C’est d’ailleurs là, bien évidemment, un autre motif de résistance étatique puisque le rejet exprimé par les experts intergouvernementaux, notamment dans les deux derniers arguments, est autant animé par des considérations d’incohérence juridique que par des motivations purement politiques ayant pour but de préserver une souveraineté étatique²⁸² qui pourrait être mise à mal par le fait que même une interprétation restrictive n’est, dans ce domaine, pas à l’abri d’une interprétation plus “constructive”.

Après l’adoption du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques en 1966, la question du renforcement de la garantie contre la discrimination par la Convention allait rapidement être relancée au sein de l’Assemblée du Conseil de l’Europe²⁸³. C’est ainsi qu’en 1970, l’Assemblée adoptait la Recommandation 583 (1970) « relative à la suppression de la discrimination injuste et la protection contre celle-ci »²⁸⁴. Bien qu’il fût souligné qu’il était souhaitable qu’une disposition similaire au Pacte figurât parmi les droits garantis par la Convention européenne, ce n’est pas vraiment la voie qui fut suivie. La recommandation demandait au Comité des ministres « de charger son Comité d’experts en matière de droits de l’homme d’élaborer un Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l’homme, protocole qui garantirait à tous l’égalité de traitement dans l’application de la loi et interdirait toute discrimination dans l’exercice des droits » touchant la participation aux élections, l’accès à l’emploi, aux logements sociaux ou aux fonctions publiques. Au regard du Pacte, l’élargissement proposé demeurerait éminemment partiel. Il l’était même doublement. Dans un premier temps parce que la recommandation, nous explique le rapporteur à l’Assemblée, « vise “l’égalité de traitement dans l’application de la loi” et non pas “l’égalité

²⁸² Nous rejoignons, pour le coup, les observations de M. Melchior sur « la nature politique de ces réticences » qui sont « l’expression des craintes des États à l’égard d’un contrôle renforcé de la part des organes de Strasbourg », *op. cit.*, pp. 9-10.

²⁸³ Certains membres de l’Assemblée présentèrent en 1968 et en 1969 des propositions de recommandation relatives à « la protection contre toute discrimination de certains droits qui ne sont pas garantis par la Convention européenne des droits de l’homme » ; voir la proposition de recommandation « relative aux formes de discrimination injuste » présentée le 7 mai 1968 (Doc. 2398) et la proposition de recommandation « relative à la protection contre toute discrimination de certains droits qui ne sont pas garantis par la Convention européenne des droits de l’homme » présentée le 1^{er} octobre 1969 (Doc. 2653).

²⁸⁴ La Recommandation 583 (1970) « relative à la suppression de la discrimination injuste et la protection contre celle-ci » a été adoptée le 23 janvier 1970 (18^e séance).

devant la loi” »²⁸⁵ ; le peu d’éclaircissements fournis à l’appui cette opinion laisse néanmoins supposer que l’on retrouve ici à nouveau l’empreinte de la fameuse interprétation doctrinale restrictive déjà aperçue dix ans plus tôt. Dans un deuxième temps parce que l’élargissement en question reste cantonné à quelques secteurs d’activité bien précis.

En 1971, le Comité d’experts rejette la proposition de l’Assemblée en se contentant d’affirmer que « s’il est techniquement possible de rédiger un protocole additionnel à la Convention garantissant “l’égalité devant la loi”, tel que proposé par l’Assemblée Consultative, il ne lui paraît pas, pour le moment du moins, opportun de prévoir un tel protocole additionnel »²⁸⁶. Pour arriver à cette conclusion, le comité reconduisait les motivations fournies en octobre 1965 ainsi que celles intervenues entre-temps dans un rapport rendu en septembre 1970 sur « les problèmes découlant de la coexistence des Pactes des Nations Unies et de la Convention européenne des droits de l’homme ».

L’apparition d’une jurisprudence relative à l’article 14, inaugurée par l’*Affaire linguistique belge* du 23 juillet 1968²⁸⁷, a sans doute contribué à la disparition, à partir du milieu des années 1970, des propositions restrictives limitant l’égalité à la seule application de la loi. Cet arrêt, en censurant certains aspects de la législation relative au régime linguistique de l’enseignement en Belgique, fournissait la démonstration que la loi ne pouvait raisonnablement plus persister à être considérée comme intouchable. Cependant, la lisibilité du principe d’égalité n’en a pas moins continué d’être perturbée du fait de la naissance, à partir de cette même époque, d’interprétations cette fois extensives du principe d’égalité et que l’*Affaire linguistique* a sans doute aidées à concevoir, puisque la discrimination qui y est constatée s’exerce dans un droit duquel il a été tiré, pour la première fois également dans la jurisprudence de la Cour, une obligation positive à la charge de l’État²⁸⁸. De là à penser que

²⁸⁵ Le rapporteur M. MacLennan ajoute, effectivement, tout de suite après, que cette égalité « a pour objet d’assurer l’égalité sur le plan de la protection, bien que dans certains cas il puisse ne pas y avoir d’égalité de droit, par exemple en ce qui concerne l’égalité de rémunération entre la main-d’œuvre masculine et la main-d’œuvre féminine » (Doc. 2703, § 87, p. 28). On reconnaît ici l’exemple donné en 1960 par H. Lannung relatif à la très insolite interprétation donnée à la variante A de la Recommandation 234, et qui appuie ici explicitement une interprétation de l’égalité devant la loi limitée à la seule application de la loi (voir *supra* note 276).

²⁸⁶ Le Comité fonde sa décision sur les conclusions des rapports de 1965 et de 1970 : « Le Comité a longuement examiné les motivations de ces avis, et il arrivé à la conclusion que dans l’ensemble, elles restaient toujours valables. Pour ces motifs, le Comité a estimé que s’il est techniquement possible de rédiger un protocole additionnel à la Convention garantissant “l’égalité devant la loi”, tel que proposé par l’Assemblée Consultative, il ne lui paraît pas, pour le moment du moins, opportun de prévoir un tel protocole additionnel » ; Doc. CM. (71) 200, §§ 41-42, p. 18.

²⁸⁷ CourEDH, (formation plénière), *Affaire relative à « certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en Belgique*, 23 juillet 1968, *Série A* n 6 (pour l’interprétation de l’article 14 de la Convention : voir pp. 33-34) ; pour un examen complet de cet arrêt de principe : voir *infra* p. 258.

²⁸⁸ En effet, la discrimination en l’espèce viole l’article 14 combiné à l’article 2 du Protocole n° 1 (« Nul ne peut se voir refuser le droit à l’instruction ») impliquant l’obligation positive d’assurer un droit d’accès aux établissements scolaires existants (remarque : une autre obligation positive tirée de ce même article concerne l’obligation de garantir la reconnaissance officielle des études accomplies). Plus précisément, la loi belge du 2 août 1963 empêchait certains enfants, sur le seul fondement de la résidence de leurs parents, d’accéder aux

l'égalité ou la non-discrimination, elle aussi, pût, en elle-même, impliquer une obligation positive, il n'y avait qu'un pas que les experts ont très vite franchi.

– *Une crainte à l'égard d'hypothèses extensives*

Les difficultés pointées dans le rapport de 1970, qui ne sont pas les mêmes que celles soulevées dans le rapport de 1965, traduisent assez clairement l'avènement de craintes à l'égard de nouvelles interprétations. L'hypothèse qui est désormais considérée comme problématique n'est pas tant l'interprétation ultra-restrictive du principe d'égalité devant la loi quant à son point d'application²⁸⁹, mais bien plutôt, ici, son interprétation ultra-extensive quant à son étendue. Les experts attirent effectivement l'attention sur le fait que « si cela devait comporter une obligation pour les États d'élaborer une législation qui assurera l'égalité dans le sens plus large, alors des difficultés pourraient surgir »²⁹⁰. La crainte qui est ici exprimée est celle d'une interprétation de l'égalité qui contraindrait le législateur à édicter des lois dont l'objet serait de garantir l'égalité dans tous les domaines et d'« englober des relations sociales ou privées qui ne relèvent pas du droit »²⁹¹. Le comité entr'aperçoit, là, le danger que constituent l'ouverture d'un champ, virtuellement infini, d'obligations positives et le développement d'un effet horizontal de l'égalité. La crainte qui se fait jour ici ne cessera de croître. C'est même devenu aujourd'hui le seul et véritable élément sérieux d'opposition à la signature, par les États, de l'actuel du Protocole n° 12 et a été la question la plus discutée lors de son élaboration. Pour l'instant, on se bornera à constater que jusqu'au milieu des années 1980, les experts intergouvernementaux sollicités se contenteront, sans trop d'explications, de reconduire les refus antérieurs. Tout porte à croire qu'ils redoutaient une interprétation extensive d'un principe insuffisamment déterminé : la reconnaissance d'un droit subjectif à l'égalité, postulée de façon générale, soulève des difficultés liées à son contenu abstrait²⁹².

Lors de la conférence parlementaire sur les droits de l'homme tenue à Vienne en octobre 1971, la comparaison avec le Pacte et la nécessité d'un article consacrant l'égalité

écoles de langue française existant dans les six communes de la périphérie de Bruxelles dotées d'un statut propre ; CourEDH, *Affaire linguistique belge*, *op. cit.*, pp. 30-31 et pp. 69-71.

²⁸⁹ Rappelons que l'éventualité d'un élargissement limité à une égalité dans la seule application de la loi, pourtant qualifiée d'inutile cinq ans plus tôt, est considérée comme acceptable. Nous avons montré dans la subdivision précédente les motivations véritables qui amènent les experts à cette acceptation par défaut (voir *supra* p. 106).

²⁹⁰ Bien que sibyllins en l'état, ce sont les termes exacts des paragraphes 229 et 230 du Rapport sur les problèmes découlant de la coexistence des Pactes des Nations Unies et de la Convention européenne des droits de l'homme, Doc. H (70), qu'il faut lire à la lumière de l'ensemble des paragraphes sur la question (§§ 223-230, pp. 52-53).

²⁹¹ Ce sont très exactement les conclusions du président de la Commission juridique de l'Assemblée en 1959 (Doc. 1057) que le rapport de 1970 cite et reprend à son compte en ajoutant qu'« il est évident qu'une disposition tout englobante concernant l'égalité devant la loi ferait surgir des difficultés considérables pour son application ou sa réalisation » ; Doc. H (70), § 228.

²⁹² Comme l'explique O. Jouanjan : « la construction du principe d'égalité comme droit subjectif pose des problèmes liés au contenu abstrait du principe » ; *op. cit.*, p. 187.

devant la loi furent encore une fois évoquées²⁹³ mais débouchaient en 1972 sur une Recommandation 683 (1972) de l'Assemblée, affectée des mêmes restrictions que la proposition faite par elle deux ans auparavant²⁹⁴. Avec l'entrée en vigueur du Pacte en mars 1976, la question redevenait d'actualité et l'Assemblée, dans sa Recommandation 791 (1976), priait le Comité des ministres de « s'efforcer d'insérer le plus grand nombre possible de dispositions positives du Pacte des Nations Unies dans la Convention européenne des droits de l'homme »²⁹⁵. Lorsqu'il examinait la liste des droits à retenir pour un examen approfondi en vue de leur intégration dans ce qui allait devenir le septième protocole à la convention, le « Comité d'experts pour l'extension des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme » a, pour la première fois, été majoritairement d'avis que le droit à l'égalité devant la loi était un droit fondamental ; il s'est donc prononcé en faveur de l'inclusion dans la Convention d'un droit analogue à la première phrase de l'article 26 du Pacte²⁹⁶. Cependant le Comité directeur pour les droits de l'homme ne l'a pas suivi sur ce point, estimant qu'il valait mieux ajouter de nouveaux droits à propos desquels la clause de non-discrimination de l'article 14 serait applicable²⁹⁷ ; il ajoutait par ailleurs la considération générale suivante : « pour que l'inclusion d'un droit dans la Convention puisse être envisagée, celui-ci doit se prêter à une formulation suffisamment précise pour pouvoir être garanti dans le cadre du système de contrôle établi par la Convention »²⁹⁸. Les suites données à la Déclaration sur les

²⁹³ Il y a été remarqué qu'« une extension analogue de la protection assurée par la Convention européenne revêtirait une importance considérable. La Commission européenne doit souvent déclarer irrecevables des requêtes relatives à des problèmes de discrimination parce qu'elles ne concernent pas les droits mentionnés dans la Convention ; or, de telles requêtes seraient du ressort de la Commission si la Convention assurait une protection plus complète en matière de discrimination » ; Extrait du rapport de H. Danelius (Suède) lors de la première séance de travail sur le thème « Quels droits doivent être protégés ? » (document du Conseil de l'Europe, Assemblée consultative, Conférence parlementaire sur les droits de l'homme, Vienne, 18-20 octobre 1971, p. 20) ; en ce sens encore, se reporter à la communication écrite de M. Marcus-Helmons et M. Daubie pour lesquels « un article consacrant cette égalité devant la loi est nécessaire » (*ibid.*, p. 28).

²⁹⁴ La Recommandation 683 (1972) « relative aux suites à donner aux conclusions de la Conférence parlementaire sur les droits de l'homme » (Vienne, 18-20 octobre 1971), votée par l'Assemblée le 23 octobre 1972 (15^e séance) et adoptée par l'Assemblée en 1972, propose « l'addition d'un nouveau protocole additionnel tendant à garantir : a) le droit effectif de toute personne d'être protégée à l'égard de toute distinction injuste en matière d'emploi et de logement, fondée sur des motifs d'ordre religieux, politique, racial ou autres ; b) l'égalité de traitement des individus dans l'application de la loi ». Le Comité d'experts en matière de droits de l'homme a repris ces idées dans ses propositions pour un programme à court et moyen terme du Conseil de l'Europe dans le domaine des droits de l'homme. Sous un chapitre intitulé « Harmonisation de la CEDH avec le PIDCP », il a proposé l'étude de la question de « l'égalité de traitement (non-discrimination) et plus spécialement de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes (article 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques) » ; doc. DH/Exp (74) 18, p. 11.

²⁹⁵ La Recommandation 791 (1976) « relative à la protection des droits de l'homme en Europe a été adoptée par l'Assemblée » le 17 septembre 1976 (12^e séance).

²⁹⁶ Doc. DH-EX (77) 17, p. 19.

²⁹⁷ Cette information ne ressort pas du doc. DH-EX (77) 17, p. 19, mais du doc. CDDH (81) 49, p. 15.

²⁹⁸ Il ajoutait également la nécessité suivante et dont on ne sait pas non plus si elle concernait aussi l'égalité devant la loi, à savoir « qu'il n'était pas opportun d'envisager l'inclusion dans la Convention européenne, de dispositions qui ne déterminent pas de droits individuels ou une obligation de reconnaître de tels droits » ; doc. CDDH (77) 9 rév., p. 15. Voir aussi le rapport explicatif au projet de protocole n° 7 du Comité gouvernemental d'experts en matière des droits de l'homme ; doc. H (84) 5 rév., Strasbourg, le 10 décembre 1984, § 3, p. 6.

droits de l'homme du 27 avril 1978 répéteront un scénario à peu près identique²⁹⁹. La Déclaration sur l'intolérance de 1981³⁰⁰ déboucha sur le constat fataliste que les chances de réussite de l'élaboration d'une clause générale d'égalité devant la loi ne semblaient pas très grandes ; ce qui l'amenait à suggérer, sans conviction aucune, un éventuel élargissement sectoriel de l'égalité, c'est-à-dire limité à certains domaines³⁰¹.

Nous arrêterons ici ce tableau, même si les propositions d'élargissement, de la part de l'Assemblée parlementaire notamment, n'ont jamais cessé³⁰². Il avait pour rôle d'expliquer pourquoi l'acceptation d'une interdiction généralisée de la discrimination a été aussi tardive. Mais plus encore, il nous importait en réalité de montrer les prodigieuses résistances et les nombreux obstacles que rencontre une norme dont l'objet est aussi abstrait, laquelle est donc susceptible d'accueillir une pluralité d'interprétations. D'où son extrême dépendance à l'égard de la stabilité du contexte dans lequel elle est immergée et qui a sur elle un impact direct.

b. Le tournant des années 1990 : un contexte favorable à la généralisation

La signature du Protocole n° 12, le 26 juin 2000, couronne une période qui se présente comme un tournant pour la protection de la non-discrimination au sein du Conseil de l'Europe. L'acquiescement à une clause générale d'égalité s'amorce progressivement dans les années 1980, mais devient réellement significatif dans les années 1990. Il se caractérise par un changement du contexte tant structurel que conjoncturel, qui l'a rendu possible.

²⁹⁹ Dans le cadre des travaux entrepris à la suite de cette Déclaration, la question de l'extension éventuelle de la portée de l'article 14 et l'inclusion d'une disposition sur l'égalité devant la loi ou d'une disposition semblable ont été évoquées devant le CDDH et dans d'autres comités concernés. Après avoir examiné la question de l'élargissement du champ de l'article 14 et de l'inclusion dans la Convention d'une clause d'égalité devant la loi, le Comité DH-EX a décidé de ne pas retenir ces sujets pour un examen ultérieur dans le cadre de ses travaux ; voir doc. DH-EX (81) 8. Ce fut en revanche le cas pour un élargissement de l'égalité dans certains domaines précis ; cf. doc. CDDH (81) 49, p. 15 ou bien doc. CM (81) 294, Addendum II.

³⁰⁰ « Déclaration sur l'intolérance - une menace pour la démocratie », adoptée par le Comité des ministres le 14 mai 1981, lors de sa 68^e Session. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe s'y déclare « (I.) convaincu que la tolérance ainsi que le respect de la dignité et de l'égalité intrinsèque de tous les êtres humains sont la base même de toute société démocratique et pluraliste... » et proclame qu'il « (II.) rejette toutes les idéologies conduisant au mépris de l'individu ou à la négation de l'égalité intrinsèque de tous les êtres humains... ».

³⁰¹ Cette approche avait été envisagée en relation avec les travaux sur l'extension des droits dans les domaines économique, social et culturel, par l'inclusion éventuelle de dispositions garantissant l'égalité entre les femmes et les hommes dans certains secteurs tels que celui de l'emploi. Voir doc. CDDH (82) 38, Addendum II, p. 7, §§ 21-27. Ce document procède d'ailleurs à un assez bon historique de la question. La proposition en elle-même étonne par son ton assez fataliste (voir § 25) et son extrême prudence, pour ne pas dire timidité (voir § 26).

³⁰² N'abandonnant en effet toujours pas le problème, l'Assemblée parlementaire, par sa Recommandation 1089 (1988) « relative à l'amélioration des relations intercommunautaires » sollicite pour la énième fois le Comité des ministres dans le but « d'envisager l'extension de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme afin d'interdire toute forme de discrimination » (§ 21.i). Elle réitère aussi cette démarche à l'occasion de problèmes spécifiques qui sont le point de départ pour réclamer une protection élargie de la non-discrimination. Ainsi, la Recommandation 1116 (1989) « relative au sida et les droits de l'homme » recommande au Comité des ministres « d'accorder la priorité au renforcement de la clause de non-discrimination de l'article 14 de la Convention, soit en ajoutant la santé parmi les motifs de distinction interdits, soit en élaborant une clause générale d'égalité de traitement devant la loi ».

– *Les facteurs structurels : le mûrissement de l'application du principe d'égalité au sein du droit international des droits de l'homme*

D'un point de vue structurel, les années 1980-1990 sont indubitablement les années de la maturité pour l'application du principe de non-discrimination au sein de la Convention européenne des droits de l'homme et, d'une manière plus générale, au regard du droit international des droits de l'homme, lui aussi entré dans un âge plus mûr. Depuis l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme relatif à *certaines aspects du régime linguistique de l'enseignement belge* du 23 juillet 1968, nous pouvons avancer que, dans ses grandes lignes, la définition de la non-discrimination est fermement implantée³⁰³. Il est d'abord acquis que lorsqu'elles agissent, les autorités publiques – et au premier chef le législateur – sont débiteurs d'une telle obligation. Il est ensuite admis qu'elle ne proscrie pas toute différenciation. Il est enfin établi qu'elle interdit les traitements qui ne reposent comparativement pas sur une justification objective et raisonnable. Globalement, les interprétations des tribunaux nationaux vont dans le même sens sur ce point.

– *Les facteurs conjoncturels : la mise en lumière du caractère lacunaire de la protection offerte par la Convention européenne des droits de l'homme*

D'un point de vue plus conjoncturel, il faut mentionner l'existence de deux phénomènes qui ne sont pas dépourvus de tout lien. Le premier facteur est externe à la Convention, le second lui est interne.

Le Protocole n° 12 était rendu nécessaire par la concurrence croissante d'autres organes internationaux protégeant également les droits de l'homme. Le risque n'était pas moindre pour le Conseil de l'Europe de passer à côté d'un important contentieux en raison du caractère restreint du champ d'application de la non-discrimination issue de l'article 14 de la Convention européenne.

Dans le cadre onusien, la jurisprudence du Comité des Nations Unies sur l'article 26³⁰⁴ a certainement fait ressortir le caractère lacunaire de la garantie offerte par le système

³⁰³ L'avis du 10 septembre 1923 de la Cour permanente de justice internationale au sujet de *certaines questions touchant les colons d'origine allemande dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne*, qui inaugure l'interprétation contemporaine du principe d'égalité en droit international, est aujourd'hui vieux de plus de trois quarts de siècle. La décision qui, d'une certaine manière, s'analyse comme la consécration de cette interprétation dans le cadre du droit international des droits de l'homme de l'après-guerre, est figurée par l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme relatif à *certaines aspects du régime linguistique de l'enseignement belge* du 23 juillet 1968. La signature du Protocole n° 12 lors de l'année 2000 ne fait qu'élargir le champ d'application d'une égalité dont la définition jurisprudentielle est donc acquise au plan international européen depuis plus d'un quart de siècle.

³⁰⁴ Rappelons que cette disposition prévoit que « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur,

européen poussant les requérants, lorsque c'est possible, à se tourner vers le Comité de New York³⁰⁵ ; dans le même temps cependant, elle a sans doute aussi fourni un précédent qui a contribué à dédramatiser la sauvegarde d'un principe général d'égalité, et a pu jouer le rôle de modèle qu'il est désormais possible de suivre au plan européen. Demeuré timide dans un premier temps, en restant attaché, jusque dans le milieu des années 1980, à l'ancienne tradition du droit international qui ne protège l'égalité que de façon spéciale et non générale³⁰⁶, le Comité des Nations Unies a, très rapidement, décidé de faire produire à l'article 26 tout son effet utile de clause générale d'égalité de traitement³⁰⁷. De fait, le Comité a développé une jurisprudence sur le fondement de l'article 26 du Pacte, laquelle lui permet de toucher des matières que ne couvrait pas la Convention au départ, essentiellement le domaine du droit à la protection sociale³⁰⁸. Contrairement à l'article 14 de la Convention européenne et contrairement à son équivalent onusien figuré par l'article 2 § 1 du Pacte, l'article 26 de ce même Pacte ne limite pas l'interdiction de la discrimination au seul domaine des droits reconnus par le traité, mais va au-delà. Depuis 1987, en effet, le Comité estime que l'article 26 ne réitère pas la garantie déjà énoncée à l'article 2, mais prévoit par lui-même un droit autonome qui « interdit toute discrimination de droit ou de fait dans tous les domaines relevant de l'autorité et de la protection des pouvoirs publics »³⁰⁹. Cette jurisprudence est

de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ». À ce sujet, voir : T. Choudhury, « Interpreting the Right to Equality Under Article 26 International Covenant on Civil and Political Rights », *EHRLR* 2003, pp. 24-52 ; M. Novak, « Article 26, Equality », in *U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary*, Kehl/Strasbourg, Engel, 1993, pp. 458-479 ; T. Opsahl, « Equality before the Law, the European Convention and the International Covenant », in *International Human Rights in the Commonwealth Caribbean*, Dordrecht, Nijhoff, 1991, pp. 244-256.

³⁰⁵ L'entrée en vigueur du Protocole n° 12 permettra de mettre un terme à un phénomène, qui, s'il est encore assez discret, aurait inmanquablement été appelé à se développer chez les États européens ayant souscrit aux obligations des deux systèmes, régional et universel, c'est-à-dire la plupart des États du Conseil de l'Europe. Il continuera d'ailleurs de se vérifier dans les États européens qui ont reconnu compétence au Comité des Nations Unies de connaître des communications individuelles (en signant le Protocole facultatif au PIDCP entré en vigueur le 23 mars 1976) et qui refuseraient de ratifier le Protocole n° 12. Pour user d'une métaphore communautariste, on peut dire qu'ils y seront peut-être contraints par une sorte d'« effet cliquet ».

³⁰⁶ Durant cette première phase de l'interprétation de l'article 26, son champ d'application se confondait avec celui de l'article 2 § 1, en ce sens qu'il se cantonnait aux seuls droits civils et politiques reconnus par le Pacte, et ne pouvait pas s'étendre à des droits qui lui sont extérieurs tels que, par exemple, ceux consacrés par le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels. Replacée dans la perspective de l'histoire du principe d'égalité, cette interprétation restrictive première n'a rien d'étonnant, tant la tradition du droit international ne conçoit l'égalité que de façon spéciale (voir *supra* p. 71). Pour une illustration de cette première attitude : voir la décision d'irrecevabilité (concernant le droit au travail couvert par l'article 6 du PIDESC) n° 172/1984, *JDB c. Pays-Bas*, 26 mars 1985 ; in *Nations Unies - Sélection de décisions du Comité des droits de l'homme prises en vertu du Protocole facultatif*, p. 58, § 4.

³⁰⁷ Le caractère général et autonome du principe d'égalité a donc mis très peu de temps à s'affirmer dans le cadre onusien, preuve de sa maturité et de celle du contexte dans lequel il évolue.

³⁰⁸ Pour un aperçu du champ d'application de l'article 26 : F. Sudre, « Le droit à la non-discrimination dans la jurisprudence du Comité des Nations Unies », in F. Sudre (dir.), *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, les communications individuelles*, actes du colloque de Montpellier, 6-7 mars 1995, IDEDH, URA CNRS.2049, Faculté de droit, Université Montpellier I ; particulièrement pp. 33-60.

³⁰⁹ Communications 178/1984, *Broeks* (§ 12.3) ; 180/184, *Danning* (§ 12.3) et 182/184, *Zwaan de Vries* (§ 12.3), décisions du 9 avril 1987 ; in *Nations Unies - Sélection de décisions du Comité des droits de l'homme prises en*

solennellement confirmée par l'Observation générale n° 18 (37) sur l'article 26, adoptée par le Comité le 9 novembre 1989, qui commence de manière éloquent par affirmer que « la non-discrimination est un principe fondamental et général en matière de protection des droits de l'homme »³¹⁰.

De leur côté, les Communautés européennes garantissent également un principe de non-discrimination au titre d'un principe général du droit communautaire et en tant que droit fondamental de la personne humaine³¹¹. Bien que limité au domaine d'application du traité des Communautés européennes, il touche, d'un point de vue strictement quantitatif, un nombre considérable de situations et donne lieu à une jurisprudence de la Cour de Luxembourg sans commune mesure avec celle occasionnée par l'article 14 à Strasbourg³¹². D'un point de vue plus qualitatif, on peut même affirmer que la protection contre la discrimination entre les hommes et les femmes est infiniment plus riche en droit communautaire, la Cour européenne des droits de l'homme n'ayant apporté en la matière que des solutions casuistiques limitées³¹³. Le risque de se faire déborder par les institutions

vertu du Protocole facultatif, vol. 2, octobre 1982 – avril 1988, p. 205, 215 et 220. Sur cette question notamment, voir F. Sudre, « Le droit à la non-discrimination dans la jurisprudence du Comité des Nations Unies », précit. ; *idem*, « La portée du droit à la non-discrimination : de l'avis d'Assemblée du Conseil d'État du 15 avril 1996, *Mme Doukouré*, à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche* », *RFDA* 1997, p. 966 *sqq.* ; ou J. Dhommeaux, « L'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le droit des pensions », *RFDA* 1996, pp. 1239-1241.

³¹⁰ C'est en ces termes que s'ouvre l'Observation générale n° 18 (37), du 9 novembre 1989, HRI/GEN/1 – 4 septembre 1992 ou encore reproduite in *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies*, précité, p. 209. Dans son intégralité, la première phrase ajoute même que « la non-discrimination est un principe fondamental et général en matière de protection des droits de l'homme, au même titre que l'égalité devant la loi et l'égalité de protection de la loi » (§ 1). Par cette dernière précision, le Comité veut signifier que c'est l'ensemble de l'article 26 qui a une portée générale. D'ailleurs, elle atteste, aussi, par la même occasion, du fait que le Comité semble faire une distinction entre toutes ces expressions, réitérée un plus loin (§ 3) ; mais à aucun moment de l'Observation, le Comité ne s'explique sur ce qui les différencierait, employant même une formule encore autre : « le principe d'égalité » (§ 10). Tout ceci laisse à penser à un rapport non résolu entre ces différentes locutions. En réalité, on le sait, on a affaire à un seul et unique droit (individuel, directement et judiciairement exigible).

³¹¹ Voir à ce sujet : R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, pp. 45-50. Le principe d'égalité constitue ainsi une « règle supérieure de droit protégeant les particuliers » (CJCE, 2 décembre 1971, *Zuckerfabrick c. Conseil des Communautés européennes*, affaire 5/71, § 11. Voir aussi : J. Schwarze, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, vol. I, chapitre IV (« Le principe d'égalité et le principe de non-discrimination s'imposent à toute action souveraine »), pp. 577-719.

³¹² C. Picheral fait ainsi observer qu'« on ne peut manquer de relever que la Cour de Strasbourg n'a jamais constaté de violation de l'article 14 du fait d'une discrimination raciale. Une telle vacuité ne doit cependant pas susciter l'enthousiasme, ou le soulagement, car elle trahit plus les limites de la garantie européenne qu'elle n'atteste de l'efficacité des systèmes nationaux de protection ou de la tolérance des sociétés démocratiques » ; C. Picheral, « Discrimination raciale et Convention européenne des droits de l'homme (l'apport de la jurisprudence) », *RTDH* 2001, n° 46 (numéro spécial : *Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie*), pp. 517-539 (pp. 518-519).

³¹³ Pour un état des lieux : M. Buquicchio de Boer, *L'égalité entre les sexes et la Convention européenne des droits de l'homme – Aperçu de la jurisprudence strasbourgeoise*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1995 ; Ch. Pettiti (dir.), *Égalité de traitement entre hommes et femmes en droit communautaire et en droit européen*, session d'études du 16 novembre 1994, Institut des droits de l'homme du barreau de Paris, 1994.

communautaires dans le domaine des droits de l'homme en général, et plus particulièrement dans celui de la lutte contre la discrimination³¹⁴, devenait d'autant plus grand que, dans le même temps, que le Conseil de l'Europe achevait de préparer le Protocole n° 12, l'Union européenne commençait d'élaborer la Charte des droits fondamentaux de l'Union, qui était inévitablement amenée à comprendre une clause générale d'égalité de traitement³¹⁵.

L'adoption du Protocole n° 12 était devenu incontournable en raison de l'évolution du contentieux relatif à l'article 14 devant la Cour européenne. La jurisprudence occasionnée par l'article 14 a pris, à partir des années 1980 et plus encore dans les années 1990, un tour décisif en étant de moins en moins timorée quant à l'applicabilité de cette disposition. Il suffit de rappeler que la Cour européenne des droits de l'homme a sanctionné des discriminations dans la jouissance de droits économiques et sociaux tels que, par exemple, le droit à la sécurité sociale et aux assurances sociales, rattaché à la Convention par le biais du droit de propriété, comme ce fut le cas dans les affaires *Gaygusuz*³¹⁶ ou *Van Raalte*³¹⁷. S'est alors répandue l'opinion selon laquelle l'article 14 jouerait dans les faits, de plus en plus, le rôle autonome d'une clause générale d'égalité de traitement et selon laquelle l'amendement à la Convention européenne commençait à emprunter une voie purement prétorienne. Il était donc temps pour le Comité des ministres et les États membres du Conseil de l'Europe de reprendre l'initiative.

Mais la prise de conscience par le Conseil de l'Europe de l'insuffisance de la Convention européenne en matière d'égalité va véritablement s'opérer, dans les années 1990, à travers deux domaines : la lutte contre les discriminations à l'égard des femmes d'une part et le combat contre les discriminations raciales d'autre part. Ces deux questions sont directement à l'origine du Protocole n° 12. La solution actuelle, qui procède à un

³¹⁴ Pour un point de vue comparatif entre les deux systèmes : M. Sousse, « Le principe de non-discrimination : les rapports entre le système européen de protection et le système français », *AJDA* 1999, pp. 985-991. Voir aussi la « Chronique de jurisprudence européenne comparée » sous la direction de L. Burgorgue-Larsen dans la *Revue du droit public*.

³¹⁵ « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », approuvée le 14 octobre 2000 à Biarritz et proclamée au sommet de Nice (7-9 décembre 2000), consacre même son chapitre III à l'égalité (qui donne d'ailleurs son nom au chapitre). L'article 20, titré « Égalité en droit », dispose : « Toutes les personnes sont égales en droit ». L'article 21, portant l'en-tête « Non-discrimination », est rédigé ainsi : « (1) Est interdite toute discrimination fondée sur le sexe, la race, la couleur, ou l'origine ethnique ou sociale, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. (2) Dans le domaine d'application du Traité instituant la Communauté européenne et du Traité sur l'Union européenne, et sans préjudice des dispositions particulières desdits traités, toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite ». Aux termes de l'article 22, « L'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique ». L'article 23 prévoit que « l'égalité entre les hommes et les femmes doit être assurée dans tous les domaines ». Enfin, les articles 24, 25, 26 prescrivent respectivement une protection spécifique (un traitement spécial) pour les enfants, les personnes âgées et les personnes handicapées.

³¹⁶ CourEDH, *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, § 41 : la prestation sociale en question était une allocation d'urgence à un chômeur arrivé en fin de droit.

³¹⁷ CourEDH, *Van Raalte c. Pays-Bas*, 21 février 1997, §§ 34-35 : l'obligation de verser une cotisation sociale rentre dans le champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1, au titre du « paiement des impôts ou d'autres contributions et amendes ».

élargissement général de l'égalité de traitement, est le résultat d'une réflexion initialement suscitée par des propositions d'élargissement limitées à ces deux domaines respectifs. Deux instances du Conseil de l'Europe ont joué un rôle prépondérant : le Comité directeur pour l'égalité entre les femmes et les hommes d'un côté, et la Commission européenne contre le racisme de l'autre.

Le souci de promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes au sein du Conseil de l'Europe a acquis une dimension politique nouvelle au début des années 1990, notamment par le biais du Comité directeur pour l'égalité entre les femmes et les hommes³¹⁸. Celui-ci a souligné avec insistance l'insuffisance de la protection offerte par l'article 14 de la Convention en matière de discriminations sexuelles du fait du caractère accessoire et donc restreint de son champ d'application. Le Comité a ainsi concentré la majeure partie de ses activités sur l'inclusion dans la Convention d'un droit autonome à l'égalité entre les hommes et les femmes et a fait une proposition circonstanciée en ce sens³¹⁹. Cette solution était préférée à une clause entièrement générale, pour des raisons idéologiquement affichées³²⁰ qui se résument dans la volonté d'affirmation d'une « différence entre les sexes ». Aux yeux du Comité directeur pour l'égalité entre les femmes et les hommes, « le sexe constitue une

³¹⁸ Cependant, au début des années 1980 déjà, le Comité pour l'égalité entre les femmes et les hommes (CAHFM) attachait une très grande importance à l'extension du champ d'application de l'article 14 (voir doc. CAHFM (82) 1 – CM (82) 53, *Addendum II*, p. 3). Le souci du Conseil de l'Europe de promouvoir l'égalité entre les femmes et les hommes en tant que droit et objectif fondamental a été réaffirmé à plusieurs reprises, notamment en novembre 1988, par le Comité des ministres dans la Déclaration sur l'égalité des femmes et des hommes. L'action du Conseil de l'Europe en la matière a franchi une étape importante en intégrant cette question dans les activités de promotion des droits de l'homme du Conseil. Ceci trouve son reflet dans deux changements structurels au sein de l'Organisation : d'une part, le transfert en 1989 du Comité pour l'égalité entre les femmes et les hommes (CEEG) du domaine des questions sociales et économiques à celui des droits de l'homme et, d'autre part, l'élévation en 1992 de ce Comité au rang de comité directeur sous le nom de Comité directeur pour l'égalité entre les femmes et les hommes (CDEG), afin d'accentuer le caractère permanent de ce pôle d'activité au sein de l'Organisation. Au cours de ses travaux, le CDEG a souligné l'absence, dans le cadre du Conseil de l'Europe, de protection juridique de l'égalité entre la femme et l'homme en tant que droit fondamental autonome.

³¹⁹ L'esquisse de ce « droit fondamental de la femme et de l'homme à l'égalité », proposé par le CDEG, était le suivant : « Le droit de la femme et de l'homme à l'égalité est garanti dans toutes les sphères de la vie en société (conformément au respect de la liberté et de la dignité de la personne humaine). Les autorités publiques doivent agir en vue de réaliser la jouissance effective du droit à l'égalité de la femme et de l'homme (et prendre, si nécessaire, toutes les mesures nécessaires pour assurer le plein développement et l'avancement des femmes). L'exercice de ce droit n'empêche pas les Hautes Parties Contractantes de prévoir en faveur des femmes des droits ou des régimes particuliers prévus par la loi et nécessaires dans une société démocratique » ; voir la « Proposition circonstanciée sur un droit fondamental de la femme et de l'homme à l'égalité pour inclusion dans un protocole à la CEDH soumise par le CDEG », doc. DH-DEV (95)1, p. 10.

³²⁰ La forte teneur idéologique de l'argumentation développée ici est un trait assez inédit dans le débat sur le renforcement de la non-discrimination dans la Convention. Employé ici, le terme d'idéologie ne possède, à nos yeux, aucune connotation péjorative et ne renvoie, dans ce contexte, à aucune idée d'illusion ou de mystification. Nous entendons simplement par là que les arguments en présence reposent – plus fortement qu'ailleurs – sur une vision du monde ou de l'humanité dont les présupposés sont explicités et relèvent corrélativement moins de la seule technique juridique.

caractéristique d'une autre nature », qualifiée de « structurelle », qui ne devrait pas être mise sur le même plan que les autres critères de non-discrimination comme le fait l'article 14³²¹.

C'est aussi durant les années 1990, en réponse à la résurgence inquiétante du racisme à partir de cette période, que le Conseil de l'Europe a intensifié ses actions en vue de combattre le problème des discriminations raciales³²², notamment au travers de la Commission européenne contre le racisme³²³. Celle-ci a été chargée, entre autre, d'œuvrer au renforcement des garanties contre toutes les formes de discrimination. À ce titre, elle a été amenée à faire le même constat de carence concernant l'étendue de la garantie procurée par l'article 14 de la Convention. Son approche initiale sur cette question résidait dans l'idée que la meilleure façon de résoudre les problèmes serait une disposition générale assurant l'égalité devant la loi et fournissant une protection complète contre la discrimination ; mais tenant compte des échecs successifs liés à un élargissement véritablement général, la Commission européenne contre le racisme s'est finalement contentée de suggérer un agrandissement du champ de la

³²¹ Pour le CDEG, à côté de la critique stigmatisant l'efficacité limitée de l'article 14 liée à son caractère accessoire, « une seconde critique doit être faite quant à l'approche juridique et conceptuelle de la discrimination en raison du sexe. En effet, l'article 14 place sur le même pied et considère comme similaires des motifs prohibés de discrimination tels que la race, la couleur, la religion, la langue l'opinion politique et le sexe. Il postule explicitement que ces critères de discriminations doivent être éliminés pour réaliser l'égalité des droits et libertés entre les personnes humaines. En clair, cela signifie qu'il sera interdit d'en tenir compte pour opérer toute distinction, exclusion ou restriction dans la reconnaissance ou la jouissance des droits garantis. Une telle méthode s'avère inappropriée car l'expérience et la pratique des législations antidiscriminatoires, dans le cas des discriminations fondées sur le sexe, montrent que le sexe constitue une caractéristique d'une autre nature – que l'on pourrait qualifier de structurelle. En effet, tous les autres motifs de discrimination (race, couleur, origine, religion, langue, opinion, etc. sont subis par une personne sexuée, un sujet de droit sexué. Éradiquer les inégalités établies en raison du sexe ne peut se faire en instituant le sexe comme une variable suspecte qu'il suffira d'éliminer pour aboutir à une égalité abstraite entre les sujets de droit asexués. C'est méconnaître l'importance de la division sexuelle des tâches, des rôles, des ressources et des pouvoirs entre femmes et hommes, construite et maintenue par la société à partir de la différence biologique des sexes. La différence entre les sexes constitue une caractéristique permanente de l'humanité, et le respect de la personne humaine exige que soit reconnue la dualité sexuelle des sujets de droit. Les rapports sociaux du sexe, produits et renforcés par les systèmes culturels, religieux et idéologiques prévalant dans une société, constituent une donnée objective qu'il faut prendre en considération pour garantir effectivement l'égalité entre les femmes et les hommes. Cette approche contemporaine du droit à l'égalité substantielle refuse de traiter les femmes comme les hommes et de mener des politiques d'assimilation abstraites entre les sexes ; elle reconnaît à chaque personne humaine, dans sa dimension sexuelle, un droit inaliénable à la dignité et au respect de ses droits fondamentaux » ; « Proposition circonstanciée... », précité, doc. DH-DEV (95)1, §§ 12-17. Selon nous, l'enjeu juridique ultime de la mise en avant de cette argumentation relative à l'universalité de la dualité des sexes par le CDEG, le nœud du débat en quelque sorte, c'est d'accréditer la possibilité d'un traitement différent à partir de l'idée d'égalité, ainsi que l'éventuelle obligation positive en ce sens à la charge de l'État. Ceci afin d'offrir un fondement permettant de valider la législation préférentielle en faveur des femmes.

³²² Se reporter notamment à la préoccupation exprimée, avec un certain sentiment d'urgence, par les chefs d'État et de gouvernement des États membres du Conseil de l'Europe, réunis pour leur premier sommet à Vienne, les 8 et 9 octobre 1993, dans la Déclaration et le Plan d'action sur la lutte contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance.

³²³ La Commission européenne contre le racisme (ECRI) a précisément été mise en place par le Sommet de Vienne de 1993.

non-discrimination qui ne s'étend qu'aux discriminations fondées sur la race, la couleur, la langue, la religion ou l'origine nationale ou ethnique³²⁴.

Dans le prolongement de ces deux démarches, le Comité des ministres a chargé le Comité directeur pour les droits de l'homme, en 1994³²⁵ et en 1996³²⁶, d'étudier la pertinence

³²⁴ Sur ce point, voir le « Rapport circonstancié sur le renforcement de la clause de non-discrimination (article 14) de la CEDH », doc. CRI (95) 22 *Addendum* ; ce rapport contient notamment l'esquisse de l'éventuelle clause autonome de protection contre la discrimination raciale : « (1) Toute personne est protégée contre la discrimination fondée sur la race, la couleur, la langue, la religion ou l'origine nationale ou ethnique. (2) Cette disposition n'exclut pas les distinctions établies par un État selon qu'il s'agit de ses ressortissants ou non-ressortissants et qui sont prévues par la loi et justifiées dans une société démocratique » (cité également *in* doc. CDDH (97) 41, p. 18).

³²⁵ Décision n° CM/602/210/210994, adoptée lors de la 517^e réunion des Délégués des ministres, les 20 et 21 septembre 1994. Le CDDH a rendu son rapport en octobre 1996. Sur la base des travaux de son comité d'experts dénommé Comité d'experts pour le développement des droits de l'homme (DH-DEV), le CDDH a convenu qu'il était nécessaire que le Conseil de l'Europe adopte des normes dans le domaine de l'égalité entre les femmes et les hommes, mais trouvait préférable d'approfondir des solutions juridiques autres que celle d'un protocole additionnel spécifique sur cette question (« Rapport intérimaire d'activité du CDDH au CM sur la faisabilité d'un projet de Protocole à la CEDH concernant le droit de la femme et de l'homme à l'égalité (octobre 1996) », doc. CDDH (96) 39). Le DH-DEV avait, en effet, transmis au CDDH une proposition destinée à lui servir de base de discussion qui était la suivante (le premier paragraphe contenant deux variantes) : « (1) La femme et l'homme ont des droits égaux. La jouissance de ces droits doit être assurée sans distinction fondée sur le sexe » (première variante) ou « La femme et l'homme sont égaux devant la loi » (seconde variante) – « (2) Les dispositions du premier paragraphe n'empêchent pas les États de prendre des mesures visant à promouvoir l'égalité entre la femme et l'homme. – (3) Les mesures autres que celles citées au paragraphe 2, qui établissent une distinction entre la femme et l'homme pour des motifs justifiés et qui sont proportionnés aux buts poursuivis, ne sont pas considérées comme portant atteinte aux dispositions du premier paragraphe - (4) Le présent article ne s'applique pas au service militaire obligatoire et à tout service national obligatoire de substitution. » ; les experts exposaient ensuite les arguments en faveur et en défaveur d'un tel protocole additionnel, se prononçaient - quant à eux - globalement pour une telle éventualité mais soulignaient, néanmoins, qu'une clause générale de non-discrimination serait plus « conforme à la conception universelle des droits de l'homme » ; par ailleurs, ils examinaient succinctement d'autres solutions, en particulier l'élaboration d'une convention ; voir « Rapport final d'activité relatif au projet de Protocole à la CEDH concernant le droit de la femme et de l'homme à l'égalité », doc. DH-DEV (96) 6.

³²⁶ Décision n° CM/657/17/171296, adoptée lors de la 580^e réunion des Délégués des ministres, en décembre 1996. Le CDDH a rendu son rapport en octobre 1997. À la différence de 1996 (voir note 325), le CDDH a, cette fois, été d'avis - sur la base des travaux de son Comité d'experts (DH-DEV) - « qu'un protocole additionnel à la CEDH est opportun et faisable, tant comme solution d'ordre normatif quant à l'égalité entre la femme et l'homme que comme instrument juridique contre le racisme et l'intolérance. Il demande donc au Comité des ministres un nouveau mandat en vue d'élaborer, pour le 31 décembre 1998, un protocole additionnel à la CEDH (...) qui élargisse de façon générale le champ d'application de son article 14 et contiendrait une liste non exhaustive de motifs de discrimination... » ; voir le rapport final d'activité du CDDH, doc. CDDH (97) 41 *Addendum*. Les travaux préparatoires effectués par le DH-DEV et transmis au CDDH incluaient un recensement des arguments pour et contre les différentes solutions envisageables (un protocole additionnel prohibant la discrimination raciale, prohibant la discrimination sexuelle, prohibant la discrimination de façon générale, une convention-cadre ou autre, une recommandation au CM). Les experts avaient, là aussi, transmis au CDDH une suggestion purement indicative, destinée à lui servir de base de discussion. Il s'agit plus exactement de cinq options de clauses générales. D'un côté trois variantes (1-2-3) utilisant le terme « discrimination » ; la troisième variante, que retiendra le CDDH, préfigure, à quelques détails près, la version actuelle : « La jouissance de tout droit prévu par la loi 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. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique fondée notamment sur les motifs mentionnés dans la première phrase de cette disposition ». De l'autre côté, il était encore proposé que ces trois variantes soient ou

de chacune de ces propositions puis, en 1998, lui a confié le mandat de rédiger un protocole additionnel à la Convention européenne élargissant d'une façon générale le champ d'application de son article 14 et contenant une liste non exhaustive de motifs de discrimination. Le Comité directeur pour les droits de l'homme a parachevé le texte du projet au printemps 2000 et l'a transmis au Comité des ministres qui l'a adopté au début de l'été.

2. La difficile rédaction du Protocole n° 12 : une généralisation encore confusément interprétée

Le 26 juin 2000, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté le Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme. Ce nouveau protocole prévoit l'interdiction générale de la discrimination. Ouvert à la signature des États membres³²⁷ depuis le 4 novembre 2000, jour du cinquantième anniversaire de la Convention, à l'occasion de la Conférence ministérielle européenne sur les droits de l'homme tenue à Rome, l'entrée en vigueur du Protocole n° 12 est conditionnée par un minimum de dix ratifications³²⁸.

Le Protocole n° 12 s'ouvre sur un préambule qui se lit ainsi :

« Les États membres du Conseil de l'Europe, signataires du présent Protocole, prenant en compte le principe fondamental selon lequel toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi ; résolu à prendre de nouvelles mesures pour promouvoir l'égalité de tous par la garantie collective d'une interdiction générale de la discrimination par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 ; réaffirmant que le principe de non-discrimination n'empêche pas les États de prendre des mesures afin de promouvoir une égalité pleine et effective, dans la mesure où elles répondent à une justification objective et raisonnable, sont convenus de ce qui suit », à savoir le corps du Protocole.

non précédées par deux alternatives (A-B) contenant toutes deux la mention « Toutes les personnes sont égales devant la loi » ; de nombreux experts du CDDH n'ayant pas d'avis arrêté sur cette question, il a été convenu de la laisser en suspens à ce stade. Voir le rapport final d'activité du DH-DEV (doc. DH-DEV (97) 17 ; se trouve aussi en annexe du Rapport final d'activité du CDDH précité).

³²⁷ Le Protocole n° 12 a pour l'instant été signé par 26 États européens : Autriche, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Chypre, Croatie, République Tchèque, Estonie, Finlande, Géorgie, Allemagne, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Italie, Lettonie, Liechtenstein, Luxembourg, Moldova, Pays-Bas, Portugal, Roumanie, Russie, Saint-Marin, Slovaquie, Slovaquie, Slovénie, Turquie, « ex-République yougoslave de Macédoine » et Ukraine.

³²⁸ Celle-ci n'interviendra sans doute pas avant un délai de quelques années, qu'il faut espérer le plus court possible, car la ratification du Protocole n° 12 par les États européens constitue un enjeu crucial pour le Conseil de l'Europe. Le Protocole n° 12 a pour l'instant été ratifié par cinq États européens : la Bosnie-Herzégovine, la Chypre, la Croatie, la Géorgie et Saint-Marin.

Le Protocole n° 12 est composé d'une disposition "substantielle" unique³²⁹, l'article premier, qui prévoit :

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

Un demi-siècle aura donc été nécessaire pour que les innombrables appréhensions et les perpétuelles divergences de vues qui entourent la proclamation d'un principe général d'égalité aient pu être surmontées par le Comité des ministres. Pour autant, l'acceptation d'une clause générale et autonome de non-discrimination n'a pas été sans difficulté. Il ressort de l'analyse des travaux préparatoires que l'égalité est encore l'objet d'interprétations totalement discordantes : la confusion est totale lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est l'étendue du droit en cause et s'il implique des obligations positives (a). Ce dernier élément explique très certainement le refoulement, au propre comme au figuré, du terme d'égalité qui n'apparaît pas dans le dispositif du traité et qu'un compromis a – malheureusement – rejeté dans le préambule du Protocole (b).

a. Le constat d'une discorde radicale quant à l'interprétation de l'égalité

Si, à partir de 1997 et 1998, le principe de la rédaction d'une clause généralisant la garantie contre la discrimination était enfin acquis, il est aisé de deviner que, pour autant, sa formulation fut loin d'être consensuelle. Le flou qui entoure la compréhension du principe d'égalité est notamment apparu lors des discussions sur la question de savoir s'il fallait, ou non, suivre le modèle onusien. Devait-on reprendre ou non la formule de la Déclaration universelle et du Pacte selon laquelle « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi »³³⁰ ? La solution qui a été retenue consiste, on le sait, à ne pas la faire figurer dans le dispositif du Protocole, mais uniquement dans son préambule car il existait un désaccord sur sa portée juridique.

³²⁹ L'article premier est la seule et unique disposition "substantielle" du Protocole ; les autres dispositions étant des dispositions "procédurales".

³³⁰ Sur la question de savoir s'il y a lieu de prendre l'article 26 du PIDCP comme modèle, voir notamment le rapport final d'activités du DH-DEV de 1997 (doc. DH-DEV (97) 17, Annexe III, § 19) ; suite à la demande du CDDH (doc. CDDH (97) 41 *Addendum*, § 8, l'essentiel du rapport précité se trouve d'ailleurs en annexe de ce document), le DH-DEV a examiné cette question (doc. DH-DEV (98) 3, §§ 19-21).

Durant la phase d'élaboration du Protocole, les experts étaient divisés en deux camps. D'un côté, les partisans de son intégration soutenaient la "variante A" selon laquelle « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi. La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation »³³¹. De l'autre côté, les opposants à une telle inclusion défendaient la "variante B" suivant laquelle « 1) La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. 2) Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part de toute autorité publique quelle qu'elle soit, fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1 »³³².

La querelle du choix de l'une de ces deux versions ne se réduisait pas à une pure question de style, elle traduisait de profondes divergences de vue sur le contenu juridique précis des deux énoncés, et plus encore sur la signification à donner isolément à chacun d'eux. Dans ces conditions, il ne s'agissait donc pas d'une opposition systématisée entre deux options distinctes clairement dessinées puisqu'une seule et même variante pouvait faire l'objet d'interprétations diamétralement opposées. Celles-ci étaient, parfois, à ce point antinomiques qu'elles débouchaient sur une véritable aporie.

La comparaison entre les deux variantes donne lieu à des jugements singulièrement discordants. Une partie des experts ne faisait pas de réelle distinction entre l'assertion selon laquelle « toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi » et celle qui prévoit que « la jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée sans discrimination », mais alors que pour certains, c'était là un argument qui militait en faveur de l'intégration de la formule d'égalité devant la loi dans le dispositif du Protocole³³³,

³³¹ Précédemment dénommée "variante X".

³³² Précédemment dénommée "variante Z-3 révisée".

³³³ D'un côté, les partisans de la "variante X" (devenue "variante A" par la suite) considèrent que « le principe d'égalité constitue "l'autre face de la même pièce" du principe de non-discrimination. Le fait de le consacrer dans le Protocole additionnel, à l'instar de l'article 26 du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques, permettrait d'être complet, en donnant aux requérants une base juridique supplémentaire pour faire valoir leurs droits. De nombreux experts considèrent que, même si l'inclusion d'un tel principe n'est peut-être pas indispensable du strict point de vue juridique ni technique, il n'y a pas d'arguments très solides qui s'opposeraient à son inclusion. En conséquence, ils expriment une nette préférence pour cette inclusion », doc. DH-DEV (98)3, § 20.

c'était pour d'autres une raison pour l'en exclure³³⁴. Une autre partie des experts voyaient en revanche une différence tangible entre les deux énoncés. Mais c'était, là encore, un motif soit d'inclusion³³⁵, soit d'exclusion³³⁶.

La proposition contenant la formule d'égalité devant la loi était, en elle-même, comprise de façon totalement dissonante. Là où certains experts y voient une règle usitée et délimitée, d'autres la considèrent comme inédite et imprédictible. Pour les uns, en effet, la notion d'égalité devant la loi aurait le privilège d'être « un principe juridique bien établi, reconnu à la fois dans la constitution de nombreux États membres, sinon de tous, et dans les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme »³³⁷ ; elle offrirait « un libellé simple et clair, ce qui présente[rait] des avantages du point de vue de la sécurité juridique »³³⁸. Pour les autres, en revanche, elle aurait l'inconvénient d'être « un nouveau concept dont l'interprétation serait particulièrement imprévisible »³³⁹, et serait « en fait beaucoup moins “sûre” »³⁴⁰ ; elle introduirait une complication qui « pourrait conduire à rendre moins claire la jurisprudence des organes de la Convention »³⁴¹ ; « en particulier, la Cour ne pourrait pas s'appuyer sur sa jurisprudence antérieure relative à l'article 14 »³⁴² dans la mesure où ce dernier ne comporte pas le terme “égalité”.

³³⁴ De l'autre côté, des tenants de la “variante Z-3” (devenue “variante B” par la suite) c'est-à-dire « les experts qui ne sont pas en faveur de la “variante X” [devenue “A”] font valoir que le principe de non-discrimination découle du principe d'égalité. Ils considèrent donc comme opportun de se référer au principe d'égalité en préambule », doc. DH-DEV (98)5, § 26. Parmi les arguments avancés en faveur de la “variante Z-3 révisée” [devenue “B”], il est affirmé par les experts qui la défendent que « cette variante n'inclut pas de clause d'égalité dans le dispositif du Protocole, mais le contenu juridique opératoire de cette clause est implicite dans le principe de non-discrimination. La référence explicite au principe d'égalité pourrait être faite dans le préambule », doc. DH-DEV (98)5, annexe III, § a.

³³⁵ En réaction à la position des experts favorables à une mention en préambule, « d'autres experts attirent l'attention sur le fait que le CDDH a explicitement laissé toute latitude quant à l'inclusion éventuelle d'une clause d'égalité dans le dispositif du Protocole. Ils précisent que la portée juridique donnée au principe d'égalité présente une différence significative s'il figure dans le dispositif ou si celui-ci apparaît uniquement dans le préambule », doc. DH-DEV (98)5, § 27.

³³⁶ Certains experts, hostiles à l'inclusion « considèrent que la combinaison des principes d'égalité et de non-discrimination pourrait conduire à rendre moins claire la jurisprudence des organes de la Convention. De plus, ils estiment que la proclamation du principe d'égalité est, dans ce contexte, de nature plutôt déclaratoire. En conséquence, ils préfèrent qu'une telle proclamation figure dans le préambule du Protocole », doc. DH-DEV (98)3, § 21. Parmi les arguments avancés en faveur de la “variante Z-3 révisée” (devenue B), il est soutenu par les experts qui la soutiennent que « la notion d'égalité a une portée plus large que celle du principe de non-discrimination », doc. DH-DEV (98)5, annexe III, § c.

³³⁷ Doc. DH-DEV (98)5, § 22.

³³⁸ Doc. DH-DEV (98)5, § 31.

³³⁹ Doc. DH-DEV (98)5, § 23.

³⁴⁰ Doc. DH-DEV (98)5, § 32.

³⁴¹ Doc. DH-DEV (98)3, § 21.

³⁴² Doc. DH-DEV (98)5, annexe III, Arguments avancés en faveur de la “variante X”, § b.

Derrière cette controverse terminologique, et à travers elle, se cache en réalité un seul et véritable problème : celui des éventuelles obligations positives qui pourraient résulter de telle ou telle formulation. Ici, pas plus qu'auparavant, il n'y a d'entente sur la portée respective de chacune des propositions en présence. Chaque camp considère que la version qu'il défend a pour avantage de « limiter les éventuels effets horizontaux du fait de l'utilisation des mots "tout droit prévu par la loi" »³⁴³ qui se trouvent dans les deux versions. Ce constat est renforcé, pour les premiers, par l'emploi du « mot "loi" dans la première phrase » de la "variante A"³⁴⁴, pour les seconds, par la présence des « mots "autorité publique" » au paragraphe 2 de la "variante B"³⁴⁵.

Alors que dans un premier temps, le Comité d'experts pour le développement des droits de l'homme se prononçait majoritairement en faveur de la "variante A", par la suite, les préférences se partageaient de manière rigoureusement identique pour l'une et l'autre possibilité. Pour finir, la solution de compromis fut de retenir la "variante B" et de faire référence à la formule d'égalité devant la loi en préambule. Le terme symboliquement fort d' "égalité" ne figurera donc pas dans le dispositif du Protocole. À n'en pas douter, les raisons d'un tel choix se situent dans la crainte d'un développement trop marqué d'obligations positives et d'effets horizontaux. À cela, il y a deux séries d'explications, les unes assez directes et les autres plus diffuses.

La première catégorie d'éclaircissements est le résultat de plusieurs éléments et relève de la technique juridique proprement dite. C'est d'abord la conséquence malheureuse d'une présentation clivée du concept juridique d'égalité ; nous avons retracé par ailleurs les raisons historiques qui, en droit international, ont conduit à un tel schisme entre égalité devant la loi et non-discrimination, de sorte qu'aujourd'hui certains experts sont amenés à penser que « la notion d'égalité a une portée plus large que celle du principe de non-discrimination »³⁴⁶. C'est ensuite l'effet d'un amalgame malencontreux entre, d'une part, le fait de formuler un droit de façon positive et, d'autre part, le fait de tirer d'un droit des obligations positives³⁴⁷ ; ces deux remarques éclaircissent les propos de certains experts qui « craignent que la Cour ne soit davantage portée à interpréter la clause d'égalité comme imposant des obligations positives

³⁴³ Doc. DH-DEV (98)5, annexe III, Arguments avancés en faveur de la "variante X", § g, et Arguments avancés en faveur de la variante Z-3 révisée, § f.

³⁴⁴ Doc. DH-DEV (98)5, annexe III, Arguments avancés en faveur de la "variante X", § g (voir aussi le § 28 *in fine* de la discussion générale).

³⁴⁵ Doc. DH-DEV (98)5, annexe III, Arguments avancés en faveur de la "variante Z-3 révisée", § f.

³⁴⁶ Doc. DH-DEV (98)5, annexe III, Arguments avancés en faveur de la "variante Z-3 révisée", § c.

³⁴⁷ Certes, nous venons de voir qu'il se trouvait des experts pour penser que la formule d' "égalité devant la loi" avait pour caractéristique d'empêcher de pareilles conséquences, mais cette opinion était parasitée par ceux qui pensaient justement qu' "égalité" et "non-discrimination" ne se recoupaient pas.

que cela ne serait le cas avec une clause de non-discrimination »³⁴⁸. Une telle appréhension a très certainement influencé le choix final de ne pas mentionner le terme d’ “égalité” dans le corps du Protocole.

La seconde série d’explications est plus implicite, plus insidieuse, serait-on tenté de dire : elle repose sur des présupposés plus politiques et peut se lire en filigrane dans les travaux préparatoires. Il semblerait que, dans l’inconscient collectif, l’égalité possède une coloration idéologique assez forte qui renvoie à la peur toquevillienne que l’égalité “formelle” se fasse déborder par l’exigence d’une égalité plus “matérielle”, “l’égalité des conditions”³⁴⁹. Simplement, depuis Tocqueville, les frontières de ce qui est exigible au nom de l’égalité se sont déplacées : chez une partie des rédacteurs du Protocole, celle qui a obtenu gain de cause, l’égalité juridique semble être, dans une certaine mesure, aujourd’hui figurée par le “principe de non-discrimination”, et corrélativement – quels formidables retournement et ironie de l’Histoire ! – c’est la formule d’ “égalité devant la loi” qui paraît réveiller la crainte de la revendication d’une égalité matérielle. Sur un plan politique, il est certain que la formule, dépersonnalisée et finalement assez technique, selon laquelle « la jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée sans discrimination aucune » expose peut être ses énonciateurs à moins d’attentes que l’affirmation, largement répandue, suivant laquelle « toutes les personnes sont égales devant la loi ». Plus explicitement, interdire la discrimination, même de façon générale, est sans doute porteur de moins d’espoirs que proclamer un droit à l’égalité devant la loi, un droit à l’égalité de traitement ou tout simplement un droit à l’égalité. C’est, à un niveau purement symbolique, courir un risque moindre quant aux exigences qu’il pourrait susciter, mais aussi quant aux interprétations qui pourraient en résulter. C’est pour l’ensemble des ces raisons qu’un compromis a pu se faire sur la “variante B” et non sur la “variante A”.

b. Le constat critique du refoulement littéral du terme d’ “égalité”

Il faut vivement regretter qu’un accord n’ait pu être obtenu pour que l’expression « toutes les personnes sont égales devant la loi » puisse figurer dans le dispositif du Protocole, car la tournure retenue, « la jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune », n’est vraiment pas très heureuse, cela d’un double point de vue.

Les raisons de cette déception sont d’abord d’ordre symbolique et ne sont peut-être pas les moindres dans le domaine des droits de l’homme. Qu’il soit permis de rappeler une

³⁴⁸ Doc. DH-DEV (98)3, § 28.

³⁴⁹ O. Jouanjan, *Le principe d’égalité en droit allemand, op. cit.*, p. 62 ; par ailleurs l’auteur explique que c’est une inquiétude similaire qu’avaient rencontrée les révolutionnaires modérés de 1789 et qui est réapparue au milieu du XIXe siècle face à la montée du mouvement social de l’époque : cette peur, c’est celle de l’imprécision des droits fondamentaux, qui ouvre la possibilité d’interprétations et d’exigences radicales. L’auteur nous explique qu’elle est à l’origine du positivisme légaliste, dominant la seconde moitié du XIXe siècle, qui réduit à presque rien la portée supra-législative des droits fondamentaux ; voir pp. 82-85.

évidence : l'égalité, avec la liberté, est au fondement même des droits de l'homme. Or, il est extrêmement dommageable pour l'image que renvoie la Convention qu'elle n'énonce pas formellement l'égalité de tous. En outre, il existe tout de même une priorité lexicale entre l'égalité et la discrimination³⁵⁰ : c'est au nom de l'égalité que l'on interdit la discrimination, c'est parce qu'il y a égalité que l'on refuse l'inégalité de traitement. Ce n'est pas tomber dans un jusnaturalisme exagéré que d'admettre qu'il est tout de même plus conforme à la philosophie des droits de l'homme de présenter un droit en commençant d'abord par sa formulation affirmative, avant d'énoncer l'interdiction qu'il engendre. De son côté, la Charte européenne des droits fondamentaux de l'Union européenne n'a pas craint d'affirmer l'égalité de toutes les personnes. Par ailleurs, il est vraiment regrettable que la symétrie avec les articles 7 de la Déclaration universelle et 26 du Pacte des Nations Unies n'ait pas été respectée concernant un terme aussi essentiel pour les droits de l'homme que celui d'égalité, celui-là même qu'on invoque pourtant lorsqu'il s'agit de justifier l' "universalisme" des droits de l'homme³⁵¹.

Ensuite, la solution arrêtée est critiquable du point de vue de la technique juridique, la phrase selon laquelle « la jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune » n'est résolument pas la rédaction la plus idoine pour exprimer la garantie juridique d'égalité. Elle est grammaticalement assez artificielle³⁵², mais elle est surtout lacunaire puisque l'impératif de non-discrimination ne doit pas seulement être sauvegardé dans la jouissance des droits mais aussi dans l'exercice des obligations des individus. C'est pourquoi le postulat « toutes les personnes sont égales devant la loi » n'avait pas exclusivement le privilège de proposer une formule sobre, concise et traditionnelle³⁵³ pour les droits de l'homme, elle était encore juridiquement plus appropriée. De surcroît, la rédaction choisie possède le désavantage de la complexité en introduisant inutilement deux paragraphes là où la "variante A", avec un résultat identique, en proposait un seul.

³⁵⁰ Cette priorité lexicale, au sens philosophique du terme, demeure même si l'on compare l'égalité avec l'expression "non-discrimination" : la tournure négative de cette deuxième formule l'atteste d'elle-même.

³⁵¹ Ceci quand bien même chaque instrument international est juridiquement autonome.

³⁵² L'idée d'égalité est grammaticalement beaucoup moins bien mise en valeur dans la "variante B" que dans la "variante A" : dans un cas elle est adjectif attribut du sujet (les personnes), dans l'autre elle n'est qu'un complément de manière du verbe passif (assuré).

³⁵³ La première apparition de la clause d'égalité devant la loi dans un traité international date des traités de minorités conclus dans le cadre du règlement du conflit de la première guerre mondiale à Versailles. Voir par exemple l'article 7 du traité du 10 septembre 1919 concernant la Pologne. Surtout, elle est utilisée par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies qui, dans l'application qu'il en fait, lui donne exactement la même signification juridique que l'interdiction de la discrimination ; voir *supra* p. 80.

§ 3. Conclusion sur la réception de l'égalité par les traités de protection des droits de l'homme : l'universalisation et la maturation de la protection de l'égalité

Deux éléments doivent être retenus de la période postérieure à la seconde guerre mondiale. La première intéresse la question du champ d'application de l'égalité, la seconde le contenu de son obligation.

Le principal apport des traités de droits de l'homme a pour ainsi dire consisté dans l' "universalisation" du champ d'application de l'égalité. Envisagée dans une perspective globale, la réception de l'égalité par les traités de protection des droits de l'homme peut être regardée comme l'ultime phase du mouvement de généralisation de la garantie d'égalité de traitement commencée au début du XIXe siècle. L' "universalisation" en question peut être considérée suivant deux points de vue.

Sous l'angle, tout d'abord, du champ d'application *ratione personae* du principe d'égalité. À partir des traités de droits de l'homme, toutes les personnes – nationaux comme étrangers – sont des titulaires à part entière du principe d'égalité, quelle que soit par ailleurs l'étendue de son champ d'application matérielle. Ce constat d'unification de l'égalité est valable pour toutes les clauses de non-discrimination contenues dans les traités de droits de l'homme, à l'exemple des articles 1, 2 et 7 de la Déclaration universelle, 2 et 26 du Pacte international, ou bien encore des articles 14 de la Convention européenne et 1 de son Protocole additionnel n° 12. En bref, ces dispositions affirment une égalité principielle entre nationaux et étrangers.

Sous l'angle, ensuite, du champ d'application *ratione materiae* du principe d'égalité. Avec les traités de droits de l'homme, il n'y a pas à proprement parler d'extension du domaine matériel de l'égalité de traitement puisque les traités de minorités contenaient déjà la clause la plus générale qui puisse exister de ce point de vue, à savoir la clause d'égalité devant la loi, mais elle était alors réservée aux nationaux. En conséquence, le progrès que réalise les traités de droits de l'homme résulte essentiellement de ce qu'ils font correspondre l' "universalisme" *ratione personae*, qui vient d'être évoqué, avec une "généralité" *ratione materiae*, qu'il faut rapidement rappeler. À la suite des articles 2 de la Déclaration universelle ou du Pacte international ou bien de l'article 14 de la Convention européenne, l'égalité vaut désormais pour l'ensemble des libertés fondamentales énoncées dans ces traités. C'est là, très certainement, un élargissement substantiel de la garantie d'égalité de traitement puisqu'elle porte sur l'intégralité des droits du traité. Cependant également, l'obligation de non-discrimination reste partiellement générale puisqu'elle ne concerne pas la totalité de la législation d'un État, mais exclusivement sa partie la plus essentielle, à savoir celle qui a une

incidence sur les droits de l'homme conventionnellement garantis³⁵⁴. De manière peut-être plus remarquable alors, le progrès des traités de droits de l'homme provient des clauses prescrivant une interdiction de la discrimination qui est entièrement générale, à l'exemple des articles 7 de la Déclaration universelle ou 26 du Pacte international ou encore de l'article 1^{er} du Protocole n° 12 à la Convention européenne. Ces clauses se caractérisent ainsi par un "universalisme *ratione materiae*" en tant qu'elles visent l'intégralité des traitements provenant des autorités publiques. Dans ces conditions, cette seconde catégorie de dispositions énonce une garantie de non-discrimination qui est doublement "universelle" en ce sens que pour un État partie à ces traités, l'égalité qui y est posée vaut pour la totalité des personnes relevant de sa juridiction ainsi que pour la totalité des actes qu'il édicte.

L'autre apport marquant des traités de droits de l'homme a trait au contenu de l'obligation d'égalité de traitement et réside plus précisément dans l'implantation de la définition du principe d'égalité dans la jurisprudence internationale et particulièrement européenne. Il est désormais clairement admis que la non-discrimination ne signifie pas l'interdiction de tout traitement différent. Il est, en outre, établi qu'elle a pour objet de proscrire les traitements ne reposant comparativement pas sur une justification objective et raisonnable. Cette maturation de la définition du principe de non-discrimination provient précisément de la banalisation croissante de son application par la Cour européenne des droits de l'homme depuis le début des années 1970, et par la suite, par d'autres juridictions internationales.

Cependant, dans le même temps que le contenu de l'obligation de non-discrimination s'affermissait dans la jurisprudence des juges internationaux, la crainte d'un déplacement, à l'avenir, des frontières de ce qui est exigible au nom de l'égalité a commencé à poindre chez les experts internationaux, à partir de la même époque c'est-à-dire dès le début des années 1970. Aujourd'hui, le conflit d'interprétation du principe d'égalité concerne effectivement l'éventuelle interprétation extensive du principe d'égalité ; plus exactement l'incertitude porte sur le point de savoir si des obligations positives pourront un jour en être tirées.

³⁵⁴ Si une telle avancée est loin d'être négligeable, elle n'est peut-être pas la plus notable puisqu'elle reste somme toute assez classique. Et cela en ce sens précis que, sous le régime des traités de minorités, l'égalité qui, comme actuellement, était garantie aux nationaux comme aux étrangers, avait déjà pour logique - même si c'était dans une mesure moindre - de se limiter aux seuls traitements qui touchaient aux libertés les plus fondamentales limitativement énumérées.

Conclusion du chapitre 2. Conclusion sur l'histoire de l'égalité dans l'ordre juridique international

L'histoire de l'égalité dans l'ordre juridique international est l'histoire d'une égalité dont le champ d'application est devenu toujours plus vaste, passant progressivement de clauses spéciales d'égalité à des clauses générales. Elle est aussi l'histoire d'une égalité dont la garantie juridique a évolué vers un affermissement toujours plus important, et dont la juridictionnalisation a joué un rôle majeur quant à son interprétation, laquelle a connu, à cette occasion, un changement décisif, peu avant la moitié du XXe siècle.

La rédaction de la Convention européenne des droits de l'homme, au lendemain de la seconde guerre mondiale, s'est donc faite au moment où la compréhension du principe d'égalité était en train d'entamer la plus grande mutation de son histoire moderne : celle qui voit passer l'égalité de l'héritage classique au modèle contemporain ; ce qui n'a pas manqué de soulever des problèmes herméneutiques lorsque la Cour européenne des droits de l'homme a, pour la première fois, le 23 juillet 1968, été amenée à donner son interprétation du texte de l'article 14 dans l'arrêt de principe que constitue l'illustre *Affaire linguistique belge* ; difficultés qui ont été accentuées par l'existence d'une terminologie différente en français et en anglais.

Cette évolution – qui est apparue à partir du premier tiers du XXe siècle, tant en droit interne qu'international – ne s'est bien évidemment opérée qu'avec une extrême lenteur. Il n'est donc pas étonnant que le traité signé en 1950 à Rome porte encore toutes les marques de la longue période qui le précède : en énonçant que la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention doit être assurée, « *sans distinction aucune* » en français, « *without any discrimination* » en anglais, les rédacteurs de l'article 14 utilisent une locution qui, dans la terminologie juridique internationale de chacune de ces deux langues, est traditionnelle en la matière. Dans le vocabulaire juridique français du droit international, le mot “distinction” est effectivement un terme usuel déjà présent dans les traités de minorités du XIXe siècle. Les deux versions, française et anglaise, sont, en effet, le reflet de la très importante tradition classique – héritée des déclarations des droits proclamées en droit interne à la fin du XVIIIe siècle et progressivement réceptionnée par le droit international conventionnel dès le début du XIXe siècle, au travers des traités de minorités – tradition classique qui assimile l'idée d'égalité à celle du traitement identique excluant toute idée ou possibilité de différenciation. Autrement dit, au moment où le traité de Rome a été écrit, les deux versions avaient scrupuleusement cette même signification. Comme le fait remarquer Marc Bossuyt : bien que les travaux préparatoires soient silencieux sur ce point, « tout indique qu'aux yeux des auteurs de la Convention européenne, le mot français “distinction” correspondait parfaitement au mot

anglais “discrimination” »³⁵⁵. Ainsi, l’inégalité dans la tradition classique découle de la simple existence d’une différence de traitement : toute différenciation – quelle que soit la terminologie utilisée – était jugée comme une rupture du principe d’égalité.

Cependant, le phénomène qui avait déjà été relevé pour la Cour permanente de justice internationale en 1923 se répète, une nouvelle fois, pour la Cour européenne des droits de l’homme en 1968, à savoir que la juridictionnalisation des clauses d’égalité a contraint leurs exégètes au pragmatisme de leur interprétation, pragmatisme qui les conduit à retenir une conception de l’égalité qui n’a plus le caractère absolu de la perspective classique, originellement très idéaliste, dans laquelle elles avaient été rédigées. La juridiction européenne observe ainsi qu’ « on aboutirait à des résultats absurdes si l’on donnait à l’article 14 une interprétation aussi large [...]. On arriverait, en effet, à juger contraires à la Convention chacune des nombreuses dispositions légales ou réglementaires qui n’assurent pas à tous une complète égalité de traitement dans la jouissance des droits et libertés reconnus »³⁵⁶. La Cour en déduit que « l’interprétation extensive mentionnée ci-dessus ne saurait par conséquent être retenue »³⁵⁷. Le juge européen ajoute que « les autorités nationales compétentes se trouvent souvent en face de situations ou de problèmes dont la diversité appelle des solutions juridiques différentes ; certaines inégalités de droit³⁵⁸ ne tendent d’ailleurs qu’à corriger des inégalités de fait »³⁵⁹. À ses yeux : « l’article 14 n’interdit pas toute distinction de traitement dans l’exercice des droits et libertés reconnus »³⁶⁰. On ne peut être plus explicite : en acceptant que le législateur puisse procéder à certaines différenciations entre les personnes qui relèvent de sa compétence, le principe d’égalité qu’établit l’article 14 intègre la possibilité de certaines différences de traitement. Ainsi comprise, l’égalité contient la différence, au propre comme figuré.

³⁵⁵ M. Bossuyt, *L’interdiction de la discrimination...*, *op. cit.*, p. 22.

³⁵⁶ CourEDH (formation plénière), *Affaire relative à « certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en Belgique »*, 23 juillet 1968, *Série A* n° 6, p. 34, § 10.

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ Comprendre ici : différence juridique de traitement ou distinction juridique. En effet, le terme d’ “inégalité en droit” n’est vraiment pas le plus heureux pour la confusion qu’il engendre. L’emploi de ce terme provient de la dichotomie “égalité en droit”/“égalité en fait”, à laquelle la Cour permanente de justice internationale dans ses avis rendus en 1923, 1932 et 1935 et dont la Cour européenne des droits de l’homme, à n’en pas douter, s’inspire directement. Précisons qu’eu égard à l’année où ce jugement a été rendu, soit en 1968, il est absolument certain qu’à travers une telle expression, la Cour ne visait, à cet endroit, pas la pratique dite de la discrimination positive au sens de l’*affirmative action* telle qu’elle est née sur le continent américain car celle-ci n’a réellement commencé à poindre, dans le sens d’un “traitement préférentiel” en faveur des membres de groupes (qui sont, soit les minorités, soit les femmes), qu’à partir de l’année 1969 avec “le plan de Philadelphie” puis en 1971 avec “l’Ordre révisé n° 4” mis en œuvre par le Département du travail : l’émergence d’une telle politique est retracée par G. Calvès dans l’ouvrage qu’elle consacre à cette question : *L’affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis – Le problème de la discrimination “positive”*, Paris, LGDJ, 1998 (voir les pp. 49-59).

³⁵⁹ CourEDH, *Affaire linguistique belge*, précit., p 34, § 10.

³⁶⁰ *Ibid.*

En d'autres termes, dès lors qu'il était admis que la différence n'était plus en soi une rupture d'égalité, qu'il y avait donc désormais deux types de différences – celles qui ne sont pas conformes au principe d'égalité et celles qui dorénavant le sont ; celles qui sont infondées et celles qui maintenant sont fondées – le langage se devait de trouver un terme qui laissait entendre cette dichotomie, en désignant au moins l'une de ces deux hypothèses. Le mot "discrimination" fut celui-là et forma ainsi le support linguistique de la première d'entre elles³⁶¹. C'est, en effet, le terme "discrimination" – et non le terme "distinction"³⁶² – qui a été le réceptacle d'une telle évolution ; en anglais dans un premier temps³⁶³, en français dans un second ; l'anglais influençant le français³⁶⁴. Comme cela avait été noté en 1968 par la Commission européenne dans cette affaire, en anglais le mot "discrimination" est un « terme qui a parfois le sens de "distinction injuste" (*unfair distinction*) ». Elle ajoute dans la foulée : « Depuis un certain temps d'ailleurs, dans le texte des conventions établies par l'Organisation des Nations Unies et les grandes organisations internationales qui s'occupent des droits de l'homme, l'expression "discrimination" est reçue en français dans le sens de "distinction injuste" »³⁶⁵. De la même manière qu'en droit interne, le virage contemporain du principe d'égalité a été pris en Europe sous l'influence du précédent américain, l'évolution de la signification du mot "discrimination" s'est d'abord opérée dans la langue anglo-saxonne puis a été accueillie dans la langue française. Entre 1950 et 1968, le sens des expressions de "distinction" et de "discrimination" s'est donc disjoint sous l'effet du changement de paradigme que subissait l'idée d'égalité à cette époque. Alors que le terme "discrimination"

³⁶¹ Pourquoi le mot "inégalité" n'a-t-il pas pu incarner cette idée ? Les raisons sont sans doute multiples : on peut sans doute retenir l'argument d'après lequel ce terme aurait éventuellement entretenu la confusion entre inégalité factuelle et juridique ; une autre hypothèse qui resterait également à vérifier est la suivante : rien dans ce mot n'aurait permis de savoir si l'inégalité dont il s'agissait résultait, soit de l'ancienne, soit de la nouvelle conception de l'égalité : l'inégalité dans la tradition classique découle de la simple existence d'une différence de traitement (toute différence est une inégalité), l'inégalité dans la nouvelle tradition correspond à une distinction qui n'est comparativement pas objective et raisonnable (toute différence n'est pas une inégalité). Le terme "discrimination" avait, quant à lui, l'avantage de faire comprendre immédiatement qu'il renvoie à la nouvelle acception de l'idée d'une égalité : une égalité modulée, qui ne proscrie pas toute différence de traitement.

³⁶² Le terme de "distinction" a, quant à lui, conservé, en anglais comme en français, son acception neutre, perpétuant ainsi l'idée d'une égalité qui refuse d'intégrer une quelconque idée de différence.

³⁶³ W. Mc Kean remarque que le mot "discrimination" au sens péjoratif de ce terme apparaît dans le *Dictionnaire de la terminologie du droit international* à partir de 1960 : W. Mc Kean, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 10.

³⁶⁴ G. Jaenicke, *Der Begriff der Diskriminierung im modernen Völkerrecht*, Berlin, Junker u. Dünhaupt, 1940, p. 11. E.W. Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law, with special reference to Human Rights*, The Hague, Nijhoff, 1973, p. 49. W. Kewenig, *Der Grundsatz der Nichtdiskriminierungsschutz im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen*, vol. I (*Der Begriff der Diskriminierung*), Frankfurt am Main, Athenäum, 1972, p. 25.

³⁶⁵ ComEDH, premier mémoire de la Commission sur le fond de l'affaire, 12 juillet 1967, *Série B*, vol. I, § 10 p. 46. Et la Commission de poursuivre en fournissant les exemples suivants : « Voir notamment l'article 2 § 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels adopté par l'Assemblée générale de l'ONU le 16 décembre 1966 ; l'intitulé ainsi que les articles 1, 2, 3, 4 et 6 de la Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement, adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO le 14 décembre 1960 ; l'intitulé ainsi que les articles 1, 2, 4 et 5 de la Convention concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, adoptée par la Conférence générale de l'OIT le 25 juin 1958 » ; *ibid.*, pp. 46-47.

avait initialement une acception neutre qui en faisait l'exact équivalent du mot "distinction", il a par la suite été le lieu d'une deuxième signification qui ne désigne, quant à elle, plus que les seules distinctions arbitraires³⁶⁶. Aussi, lorsque dans cette même affaire, la Cour européenne affirme, après avoir mis en parallèle les deux transcriptions de l'article 14, qu'il faut lire la version française à la lumière de la version anglaise³⁶⁷, celle-ci ne fait pas tant primer le texte anglais sur le texte français, que prévaloir une nouvelle signification du texte de la Convention sur une signification plus ancienne. En clair, s'il devait y avoir un alignement, c'était plutôt sur la compréhension nouvelle de l'égalité, laquelle intègre désormais, dans une certaine mesure, l'idée de différence, en ce sens qu'elle « n'interdit pas toute distinction », comme la Cour le dit elle-même pour justifier son interprétation.

Voilà pourquoi, « pour l'interprète de 1968, l'expression "distinction" cessa d'être le synonyme de l'expression "discrimination" contrairement à l'idée des auteurs de la Déclaration universelle de 1948 ou de la Convention en 1950 »³⁶⁸. Ce glissement de sens s'explique précisément par le fait que le milieu du XXe siècle est une époque charnière qui bascule vers une compréhension nouvelle de l'égalité.

C'est d'ailleurs – nous avons déjà eu l'occasion de le suggérer – pour cette même et unique raison qu'une grande partie des juristes en est arrivée à penser – d'une manière qui, selon nous, pose problème – qu'« égalité et non-discrimination sont deux notions distinctes »³⁶⁹ ou bien a encore éprouvé le besoin d'introduire des dualismes tels que la

³⁶⁶ Pour un constat d'un emploi de plus en plus fréquent du terme discrimination dans un sens dépréciatif dans le domaine du droit international : W. Kewenig, *Der Grundsatz der Nichtdiskriminierungsschutz im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen, vol. I (Der Begriff der Diskriminierung)*, Frankfurt am Main, Athenäum, 1972, pp. 25-27 ; E.W. Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law, with special reference to Human Rights*, The Hague, Nijhoff, 1973, p. 48.

³⁶⁷ « 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 les libertés reconnus. Cette version doit se lire à la lumière du texte, plus restrictif, de la version anglaise ("without discrimination") » ; CourEDH, *Affaire linguistique belge*, précit., p. 34, § 10.

³⁶⁸ M. Bossuyt, *op. cit.*, p. 23.

³⁶⁹ R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, p. 18.

dichotomie entre une égalité formelle et une égalité matérielle, entre une égalité en droit et une égalité en fait, qui juxtaposent respectivement l'ancienne et la nouvelle tradition.

Conclusion du titre 1. Conclusion sur l'histoire du principe d'égalité dans l'ordre juridique interne et international

L'histoire de l'idée d'égalité dans l'ordre juridique interne et de l'idée d'égalité dans l'ordre juridique international ne sont bien évidemment pas les mêmes ; elles restent fonction des particularités du milieu dans lequel elles sont abordées. Si l'on compare leurs parcours respectifs, on pourrait dire qu'il s'agit d'une histoire croisée. Alors que dans l'ordre juridique interne, l'histoire de l'égalité est la chronique d'une clause d'égalité générale issue d'une forte tradition idéaliste qui met un certain temps à acquérir une pleine juridicité ; dans l'ordre juridique international, l'histoire de l'égalité est la chronique de clauses spéciales d'égalité dont l'objet est délimité de façon juridiquement très précise et très pragmatique, et qui étendent progressivement leur champ d'application, gagnant toujours plus en généralité.

Ces deux histoires, nationale et internationale, sont en revanche les mêmes pour ce qui concerne l'essentiel, à savoir que – dans les deux cas, et quelle que soit son étendue – l'égalité est, du début du XIXe siècle jusqu'au premier tiers du XXe siècle, entièrement assimilée à l'idée d'identité. C'est en effet à cette époque que les deux histoires amorcent, exactement au même moment, un virage vers une signification nouvelle qui est – répétons-le – pour l'égalité un véritable changement de paradigme, celui qui fait de l'idée de différence une idée interne à l'égalité ; ce qui ne va cependant pas sans poser des problèmes majeurs quant à la cohérence de la compréhension du principe d'égalité. La rédaction du Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme vient une nouvelle fois de révéler l'incertitude fondamentale dont souffre l'interprétation du principe d'égalité. Plus encore, les travaux préparatoires de ce Protocole ont mis en évidence que les interprétations, dont ce principe est l'objet, débouchent bien plus sur une incroyable cacophonie que sur un conflit systématisé. Cette indétermination, favorisée par le caractère abstrait et formel d'une telle norme, ne saurait être laissée à elle-même, sous peine de tomber dans la plus totale incohérence.

Titre 2. Le fondement théorique du principe d'égalité

Plus une règle est abstraite et générale, plus elle requiert la médiation d'un travail interprétatif de la part du juriste, plus elle nécessite que ce travail soit d'abord effectué en profondeur, appelant une assise théorique solide afin de la soutenir. Cette tâche a malheureusement été très peu entreprise par la doctrine qui s'est, au mieux, contentée d'enregistrer, sans vraiment aller au-delà du simple constat, que la norme égalitaire pâtissait d'une certaine relativité³⁷⁰. Un travail théorique sur le principe d'égalité constitue pourtant un préalable indispensable à son application concrète en tant qu'il constitue le socle incontournable des présupposés qui, indirectement ou directement, conditionnent sa compréhension et sa concrétisation juridique. Or, la pratique du principe de non-discrimination dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme semble parfois manquer de fondements solides et ainsi avancer à l'aveugle.

Il est vrai que l'idée d'égalité, en plus de son caractère tout à la fois général, abstrait et formel, pose un problème supplémentaire considérable, propre à la norme d'égalité dans sa phase contemporaine, à savoir qu'à partir du moment où elle « n'interdit pas toute distinction », comme l'affirme la Cour européenne des droits de l'homme dans l'*Affaire linguistique belge*³⁷¹, elle court le risque de dériver vers une pure contradiction. Cet écueil surgit avec l'apparition de la possibilité de sa modulation à partir du premier tiers du XXe siècle. Un des enjeux majeurs de l'interprétation juridique du principe d'égalité, sans doute le plus redoutable, réside dans la résorption, autant que possible, d'une telle contradiction, et plus généralement dans la question du statut de l'idée de différence à l'égard de l'idée d'égalité.

Un des points de départ d'une telle entreprise doit être trouvé dans cette vérité profonde exprimée par Hegel : « l'égalité n'est une identité que de choses qui *ne sont pas les*

³⁷⁰ J. Rivero, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », *Travaux de l'association Henri Capitant*, tome XIV, Paris, Dalloz, 1961-1962, (pp. 343-360), p. 360 (§ 38). P. Moor est sans doute celui qui a le mieux perçu le paradoxe caractérisant le principe d'égalité tel qu'il fonctionne dans la période contemporaine lorsqu'il constate qu'il est « un principe en soi contradictoire, composé de deux valeurs antagonistes » ; P. Moor, « Du principe d'inégalité – Suisse », *REDP* 1999, vol. 11, n° 2 (n° spécial : *Le principe d'égalité*), pp. 981-1004 (p. 991).

³⁷¹ CourEDH (formation plénière), *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, 23 juillet 1968, *Série A* n° 6, p. 34 (10).

mêmes »³⁷². Le paradoxe à surmonter est alors le suivant : d'un côté, l'égalité est une relation d'identité qui par définition exclut toute particularité, sa logique autorisant l'interchangeabilité des termes de la relation, plus encore elle aboutit à leur confusion en une seule unité³⁷³ ; d'un autre côté, l'égalité est une relation de différence qui par définition prend en compte la particularité de chaque terme de la relation, leur irréductible singularité.

Là encore, Hegel est celui qui nous paraît fournir le moyen le mieux à même pour résoudre une telle gageure³⁷⁴. La dialectique hégélienne est indéniablement la plus apte à rendre compte, de façon intelligible et claire, du concept³⁷⁵ juridique d'égalité dans sa phase contemporaine, tel qu'il est notamment garanti par la Convention européenne des droits de l'homme. Nous aimerions ici manifester notre intime conviction que le recours à l'outil philosophique de la dialectique hégélienne ne procède en rien d'un acte gratuit, mais constitue

³⁷² G.W.F. Hegel, *Encyclopédie des sciences philosophiques en abrégé* (édition de 1830), M. de Gandillac (trad.), F. Nicolin et O. Pöggeler (éd.), Paris, Gallimard, 1970, § 118. Pour ce qui est des développements que Hegel consacre à l'égalité : voir notamment les paragraphes 539 à 541 de l'*Encyclopédie des sciences philosophiques en abrégé* (édition de 1830), Paris, Gallimard, 1970 ; voir aussi les paragraphes 49 add., 77, 193, 200 add., 261 add. des *Principes de la philosophie du droit* Paris, PUF, 1998 ; *idem*, *Science de la logique (Deuxième tome, La logique subjective ou doctrine du concept)*, P.-J. Labarrière et G. Jarczyk (trad.), Paris, Aubier Montaigne, 1983, notamment p. 188, p. 351, p. 353. Sur la question de l'égalité chez Hegel, voir J.-F. Kervégan, « Hegel, l'État, le droit », *Droits* 1992, n° 16, pp. 21 *sqq.* et plus particulièrement p. 29 ; S. Mercier-Josa, *Théorie allemande et pratique française de la liberté*, Paris, L'Harmattan, 1993, p. 37, et notamment la longue note n° 29, pp. 37-39. D. Collin, *Morale et justice sociale*, Paris, Seuil, 2001, pp. 132-145 ; sur la question de l'identité et de la différence : J. Biard, D. Buvat, J.-F. Kervégan, J.-F. Kling, A. Lacroix, A. Lécrivain et M. Slubicki, *Introduction à la lecture de la Science de la logique de Hegel – La doctrine de l'essence*, Paris, Aubier Montaigne, 1983, pp. 48-101.

³⁷³ G. Frege, *Écrits logiques et philosophiques*, Paris, Seuil, 1971 ; voir le chapitre en réponse à Husserl, p. 142 *sqq.*, notamment les pages 148 et 152 à propos de la notion d'identité. Lire donc également Husserl, lequel précise notamment que « la similitude est le rapport entre les objets qui sont subsumés par une seule et même espèce » ; E. Husserl, *Recherches logiques – Tome second – Recherches pour la phénoménologie et la théorie de la connaissance – Première partie : (Recherches I et II)*, H. Élite (trad.), Paris, PUF, 1961, p. 137 (voir tout le paragraphe intitulé : « Si l'unité de l'espèce doit être comprise comme unité inauthentique. Identité et similitude », pp. 136-137).

³⁷⁴ Réitérons que si Hegel a consacré des développements à l'égalité (voir *supra*), il n'existe pas – à notre humble connaissance et sous réserve d'une analyse véritablement fouillée – chez Hegel de passages où il décrirait l'égalité comme le dépassement dialectique de l'identité de tous par la différence de chacun, comme nous allons le faire. Notre travail doit donc se lire comme une application de la pensée hégélienne à l'idée d'égalité. En effet, comme le souligne S. Mercier-Josa, chez Hegel, « l'égalité des droits consiste seulement en ceci que tous les hommes sont également libres, autrement dit elle n'affirme que l'identité de la détermination fondamentale de tous les hommes » (*Théorie allemande et pratique française de la liberté, op.cit.*, note n° 29, p. 37). Si notre théorie retient également cette idée fondamentale pour point de départ de la définition de l'égalité, celle-ci ne s'y épuise pas : c'est en cela, nous semble-t-il, que notre théorie de l'égalité se distinguerait de la conception hégélienne. La remarque à suivre de S. Mercier-Josa (note n° 29, p. 38) tendrait à le prouver : chez Hegel, « ce n'est qu'en tant que personnes capables de propriété que les hommes sont égaux. L'égalité des citoyens devant la loi ne signifie rien d'autre que 'l'état légal en général', l'état où les lois règnent. Cependant la loi ne traite également concrètement que ceux qui sont égaux de façon contingente en dehors d'elle ; à l'exception de l'étroite sphère de la personnalité, les lois elles-mêmes "présupposent l'inégalité des situations et déterminent les compétences et les devoirs de droits inégaux qui en résultent" (Hegel, *L'Encyclopédie des Sciences Philosophiques*, III, p. 314) ». Dans notre théorie, nous le verrons, la particularité est interne à l'égalité, donc interne à la loi et non en dehors d'elle.

³⁷⁵ « Le concept [...] est une totalité, chacun des moments étant le tout qu'est le concept, et posé à titre d'unités non séparées » ; G.W.F. Hegel, *Encyclopédie des sciences philosophiques en abrégé, op. cit.*, p. 160.

bien au contraire un formidable instrument de compréhension de la norme juridique d'égalité. Il nous semble qu'au terme du mouvement dialectique, il est véritablement possible d'avoir, du principe général d'égalité, la vision d'un système unitaire, juridiquement cohérent, dans lequel le statut de la différence est strictement défini et rigoureusement régulé. À ce titre donc, notre analyse peut être d'une utilité immédiate pour tout juriste qui veut penser le principe d'égalité ou de non-discrimination à la fois dans sa complexité et dans sa généralité. C'est aussi, au terme de la théorie que nous allons présenter, cette fonction pratique que nous voudrions mettre en avant.

Cependant, notre rapport à la philosophie a été un peu plus que simplement instrumental. Une herméneutique juridique de l'égalité est inévitablement aussi une herméneutique philosophique de l'égalité. En effet, en tant qu'elle caractérise, à titre de paradigme général, le rapport des hommes entre eux, l'égalité est indissociablement liée à la représentation que les hommes se font d'eux-mêmes. Au niveau le plus abstrait de l'interprétation de l'égalité, le jugement de relation – un homme est égal à un autre homme – se confond avec le jugement de prédication – les hommes sont égaux. En conséquence, la présente tentative d'une définition théorique du principe d'égalité emportera par elle-même une esquisse de l'humanisme dont elle est, ou devrait être, porteuse. Ceci d'autant plus que, selon une très belle expression de Paul Ricœur, « ce qui est en effet à interpréter dans un texte, c'est une proposition de monde »³⁷⁶. En l'occurrence, nous nous proposons de décrire l'égalité comme un système (chapitre 2) dialectique (chapitre 1).

³⁷⁶ P. Ricœur, *Du texte à l'action, Essais d'herméneutique II*, Paris, Seuil, 1986, p. 115.

Chapitre 1. L'unité dialectique du principe d'égalité

Afin de saisir la logique du principe d'égalité dans toute sa complexité, nous nous proposons d'adopter une démarche dialectique. Ainsi, avant d'en venir à la signification pratique du principe d'égalité, avant d'en donner une définition concrète (section 2), il conviendra d'en faire une présentation d'abord idéale, essentiellement abstraite (section 1). Ceci nous permettra de décomposer, dans un premier temps, de manière idéale, les différentes exigences inhérentes au principe d'égalité afin, dans un deuxième temps, de les rassembler dans une détermination unique et véritable, correspondant à son application effective par la Cour européenne des droits de l'homme³⁷⁷.

Section 1. Le moment universel-abstrait du principe d'égalité

Le moment de l'identité universelle de tous les hommes est le commencement de l'égalité, son essence première, sa détermination abstraite originelle (§ 1). Le moment de la singularité universelle de chaque homme est le deuxième moment de l'égalité, sa médiation phénoménale, son essence seconde, pareillement formel en ce qu'il considère abstraitement l'infinité des différences (§ 2).

³⁷⁷ J.-F. Kervégan, dans la présentation qu'il fait des *Principes de la philosophie du droit* de Hegel, résume parfaitement l'opération intellectuelle à laquelle nous nous sommes essayé en empruntant à la dialectique hégélienne et qui a consisté à penser l'égalité comme le troisième terme d'un mouvement décomposé : « d'un point de vue systématique, le troisième moment d'un procès n'est d'ailleurs jamais la réunion des deux précédents (fût-elle comprise comme dépassement) mais la totalité réelle dont ils résultent, en quelque sorte, par une opération de décomposition idéale » ; J.-F. Kervégan, « L'institution de la liberté » ; in G.W.F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit* (Berlin, 1821), Paris, PUF, 1998 ; présenté (pp. 1-66), révisé, traduit et annoté par J.-F. Kervégan, p. 51.

§ 1. Le moment de l'identité universelle : toutes les personnes sont identiques

L'idée moderne d'égalité repose sur une image d'abord unitaire de l'espèce humaine. Selon cette vision, tous ses membres partagent une nature commune : ils possèdent la même humanité, identique chez chacun d'eux. À ce stade de l'égalité, tous les hommes sont rigoureusement identiques. Si une valeur est accordée à cette humanité, alors l'égalité oblige à ce qu'elle soit accordée à tous les hommes³⁷⁸. Si l'humanité est digne de respect, alors l'égalité exige qu'elle soit respectée chez tous. Acquis irrévocable des Lumières, le principe d'égalité repose sur une vérité première, un socle ultime et inaltérable, selon lequel chaque être humain a rigoureusement la même valeur par delà toute inscription sociale particulière. En son essence première, le concept d'égalité commence par affirmer une relation d'identité. À cet instant, l'égalité signifie l'identité, ou si l'on préfère l'identique.

L'identité sur laquelle se construit l'égalité individuelle libérale, c'est l'identité universelle de la "nature" humaine. Ce moment identitaire jette les bases de l'égalité individuelle, il circonscrit l'égalité, il lui donne une frontière extérieure (en déterminant négativement ce à quoi l'égalité ne s'applique pas), et en même temps définit positivement ses titulaires (l'espace de référence commune, le cercle³⁷⁹ à l'intérieur duquel les égaux doivent être maintenus). À cet instant de l'interprétation de l'égalité, il est incontournable de préciser plus avant la teneur³⁸⁰ de cette identité fondatrice, d'essayer d'évoquer en quoi les hommes sont d'abord identiques et de la sorte se risquer à énoncer un propre de l'homme. Sur cette question abyssale de la philosophie, nous rejoignons Alain Renaut dans sa lecture de la

³⁷⁸ Ou bien qu'elle ne soit accordée à personne : l'universalité porte alors sur le refus. Aussi choquant que cela puisse paraître, c'est ici la conséquence du caractère irrémédiablement formel, horizontal ou dérivé de l'égalité qui ne renvoie pas à la réalité elle-même, mais consiste simplement en une manière d'appréhender la réalité en établissant un rapport entre deux ou plusieurs réalités. L'égalité est ici entendue de façon absolue comme une relation d'identité qui est ou n'est pas.

³⁷⁹ Sur les liens entre l'idée de cercle et celle d'égalité dans l'Antiquité grecque, et sur l'idée selon laquelle l'égalité est d'abord un acte de séparation, de délimitation, en ce sens qu'elle commence par une « négation de ce qui est en dehors de cette limite », de ce cercle ; voir L. Sfez, *L'égalité*, « Que sais-je ? », Paris, PUF, 1989, respectivement pp. 29-33 et pp. 10-11. Pour l'anecdote, on fera remarquer, d'une façon qui est complètement hégélienne, que le premier moment de l'égalité, tel que nous le présentons ici, le moment "sujet libre", celui-ci est lui-même la négation d'un moment antérieur, la négation de ce que l'homme n'est pas : l'animal ou l'objet.

³⁸⁰ C'est là le premier et le dernier contenu concret de l'égalité, son seul et unique élément de réalité à laquelle l'égalité renvoie directement en tant qu'elle fixe l'égalité sur les hommes. Il est important d'y insister, l'égalité est un rapport et ce rapport concerne les hommes. De là, vient la question proprement humaniste de savoir ce qui identifie les hommes (par rapport à ce qui n'est pas un homme). Que faut-il valoriser en l'homme ? Qu'est ce qui caractérise l'humanité en l'homme ? Les hommes sont identifiés par une "spécificité" ou une "essence" qui forme le contenu concret de l'égalité. Cette essence constitue le segment de réalité que l'égalité qualifie. Nous convenons cependant que ce contenu reste encore très abstrait, mais c'est sur ce noyau que se fonde l'égalité : c'est lui qui permet de dire si tel ou tel être fait partie du cercle des égaux. C'est ici l'endroit où l'égalité énonce ce qui doit être traité également.

modernité³⁸¹ pour considérer qu'il est nécessaire de conserver comme un acquis inébranlable des Lumières ce premier mouvement d'arrachement de l'humanité par rapport à toute détermination. C'est parce qu'il existe par delà toutes les caractéristiques distinctives de sexe, d'ethnie, de religion etc. une "nature" commune ("quelque chose" de commun) à tous les hommes, identique chez chacun d'eux, qu'ils sont autorisés à revendiquer des droits qui sont les mêmes, identiques pour tous (en un mot, un "droit commun")³⁸². Nous abondons dans le sens de cet auteur lorsqu'il précise – suivant une perspective qui se dessine à partir de Rousseau, Kant et Fichte³⁸³ – que l'identité humaine ainsi affirmée ne doit pas avoir d'autre contenu que cette capacité d'arrachement à toute essence ou à toute nature. S'il existe une identité humaine, elle doit justement et uniquement se définir par son aptitude à être « irréductible à quelque assignation que ce soit d'une nature particulière, tout aussi bien que d'une condition sociale ou culturelle naturalisée »³⁸⁴. C'est par le biais de la reconnaissance de cette capacité à transcender les déterminations naturelles (ou sociales naturalisées) que

³⁸¹ Voir notamment : A. Renaut, « Les humanismes modernes » (ci-après cité « Les humanismes... »), in A. Renaut (dir.), P. Savidan, P.-H. Taivoillot, *Histoire de la philosophie politique*, tome III (*Lumières et romantismes*), Paris, Calmmann-Lévy, 1999, pp. 29-47 (en lien avec cet article, on pourra éventuellement lire l'avant-propos de cet ouvrage également rédigé par cet auteur : « La raison et l'histoire » (avant-propos), pp. 7-26). Voir principalement l'ouvrage co-écrit par A. Renaut et S. Mesure, *Alter Ego, Les paradoxes de l'identité démocratique*, Paris, Aubier, 1999 (ci-après cité *Alter Ego...*). Pour Alain Renaut, il y a lieu de distinguer à l'intérieur des Lumières entre un premier humanisme moderne, originaire, qu'il appelle essentialiste (tel qu'il est développé de Grotius ou Pufendorf jusqu'à Rousseau et Kant) et pour qui « l'humanité est une nature ou une essence » et un deuxième humanisme moderne, plus tardif, qu'il qualifie de critique (qu'il fait commencer chez Rousseau, Kant et Fichte) et qui conçoit l'humanité comme irréductibilité à une quelconque nature.

³⁸² C'est là l'enseignement à retenir de ce premier courant des Lumières, l'humanisme essentialiste, qui « se définit par la possession d'une identité spécifique ou générique (par exemple celle qui fait de l'homme un animal raisonnable) » (A. Renaut et S. Mesure, *Alter Ego...*, p. 18). Cette idée selon laquelle il existe une nature commune à tous les hommes fonde l'idée, qui a historiquement été largement illustrée, qu'il revient à tous les mêmes droits. L'apport non négociable de ce premier humanisme, c'est qu'il existe quelque chose de commun au nom de quoi tous les individus sont le lieu d'imputation de droits identiques. L'élément qu'A. Renaut ne croit pas nécessaire de maintenir (du fait notamment de ses virtualités "colonialistes", historiquement éprouvées), c'est justement son caractère "essentialiste" au sens où la nature commune ainsi affirmée est prédéterminée, elle possède un contenu plein, une assignation *a priori*.

³⁸³ « C'est en effet Rousseau qui, le premier, y insista longuement dans le *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1755) : la liberté humaine se manifeste par la capacité à s'affranchir de la nature, donc par l'absence de définition ou d'essence. Selon une analyse que Kant reprendra en grande partie au début de *L'idée d'une histoire universelle* quand il soulignera que l'homme doit tout tirer de lui-même : "La nature seule fait tout dans les opérations de la bête, au lieu que l'homme concourt aux siennes en qualité d'agent libre. L'une choisit ou rejette par instinct et l'autre par un acte de liberté : ce qui fait que la bête ne peut s'écarter de la règle qui lui est prescrite, même quand il lui serait avantageux de le faire, et que l'homme s'en écarte souvent à son préjudice" [...] C'est rigoureusement dans le même esprit que Fichte, disciple à cet égard (comme à bien d'autres) de Kant, écrira en 1776 : "Tous les animaux sont achevés et terminés. L'homme est seulement indiqué et esquissé (...) Chaque animal est ce qu'il est ; l'homme seul originairement n'est absolument rien. Ce qu'il doit être, il lui faut le devenir" (J.G. Fichte, *Fondement du droit naturel*, Paris, PUF, 1985, p. 95). » : A. Renaut, « Les humanismes... », pp. 38-39 et p. 43.

³⁸⁴ A. Renaut et S. Mesure, *Alter Ego...*, p. 28. Sur les liens entre l'égalité et « l'idée de la perfectibilité indéfinie de l'homme » : A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, tome II (1840), Paris, Robert Laffont, 1986, Chapitre 8, pp. 449-450.

l'homme s'ouvre à son autonomie et peut se poser en tant que sujet libre, ce qui le distingue de l'objet ou de l'animal³⁸⁵.

Ainsi, le principe d'égalité repose d'abord sur le postulat d'une relation de pure identité, il débouche donc sur une obligation initiale qui consiste en une pure identité de traitement. L'obligation juridique première qui découle de l'égalité, c'est l'obligation d'un traitement identique pour tous. À ce premier niveau abstrait de l'interprétation, l'égalité est absolue : elle ne tolère aucune transaction, aucune altération, aucune exception. Elle oblige à traiter tous les hommes de façon purement identique, parfaitement isonomique, sans distinction aucune. Elle s'identifie à un principe d'identité qui commande un traitement universel unique. L'obligation fondatrice, fondamentale et première qu'impose la norme égalitaire, c'est l'obligation de traiter uniformément toutes les personnes.

Une telle interprétation de l'égalité est première, non seulement dans une perspective théorique, mais aussi d'un point de vue historique. Nous avons déjà insisté, à la suite d'Olivier Jouanjan, sur le fait que les révolutionnaires français du XVIIIe siècle, à l'origine de l'interprétation libérale classique, déduisaient « de l'universalité de l'égalité devant la loi, la nécessité pour la loi d'avoir un contenu lui-même universel – La loi doit être la même pour

³⁸⁵ C'est là l'enseignement à retenir du deuxième courant des Lumières, l'humanisme criticiste. « Pour l'humanisme critique, la dignité de l'homme ne désigne, selon l'esprit même de la thématique rousseauiste de la perfectibilité, rigoureusement rien d'autre que cette capacité qu'a l'être humain de ne pas être rivé à la naturalité. Déplacement important, au sein même de la représentation de l'humanité de l'homme, qui, en faisant apparaître l'humanité moins comme une nature que comme histoire (progrès), donne de fort solides raisons de rechercher dans le criticisme lui-même les linéaments d'un autre humanisme, mieux à même que l'humanisme naturaliste de fonder aujourd'hui encore les principes et les valeurs que nous a légués la modernité » (A. Renaut, « Les humanismes... », p. 45). Selon cette perspective, « ...il s'agit de libérer l'humanité inscrite en tout homme, en considérant chaque être humain comme irréductible à quelque assignation que ce soit d'une nature particulière, tout aussi bien que d'une condition sociale ou culturelle naturalisée. L'affirmation de cette irréductibilité ouvre l'humain à l'autonomie qui est sa destination ou sa vocation (laquelle serait niée par l'attribution réifiante d'une quelconque détermination naturelle ou naturalisée). En même temps, elle ménage l'espace de la véritable universalité humaine, qui est, non pas l'universalité d'une essence ou d'une nature, mais bien au contraire celle d'une capacité d'arrachement à toute essence ou à toute nature. À cette seule condition, l'altérité de l'autre est appréhendée à partir de la perception de son égoïté, c'est-à-dire à travers la conviction selon laquelle c'est au même titre que nous qu'il s'affirme comme sujet (et non pas comme un objet, ou comme un animal) : comme nous, il nous apparaît n'être réductible à rien de ce qui le définit et qui, en le définissant, le séparerait de nous – que cette séparation soit celle du sexe, de la race, de la culture, de la classe ou groupe social, ou même de l'âge [...] Parce que l'identité universelle ainsi affirmée n'a d'autre contenu que la reconnaissance d'une capacité d'autonomie, c'est en quelque sorte une universalité vide qui se trouve valorisée. Par quoi il faut entendre : une identité spécifique (celle de l'espèce humaine) sans aucun contenu capable de correspondre à l'assignation d'un ensemble de déterminations susceptibles d'être énumérées ; une identité qui consiste bien au contraire dans l'irréductibilité – condition même de l'autonomie - à une quelconque nature, fût-ce celle de l'être raisonnable supposé universel » (A. Renaut et S. Mesure, *Alter Ego...*, op. cit., pp. 28-29). Sur l'idée de personne chez Kant, voir le premier paragraphe de l'*Anthropologie* : « Posséder le Je dans sa représentation : ce pouvoir élève l'homme infiniment au-dessus de tous les autres êtres vivants sur la terre. Par là, il est une personne ; et grâce à l'unité de la conscience dans tous les changements qui peuvent lui survenir, il est une seule et même personne, c'est-à-dire un être entièrement différent, par le rang et la dignité, de choses comme le sont les animaux sans raison, dont on peut disposer à sa guise... » ; E. Kant, *Anthropologie – Du point de vue pragmatique*, M. Foucault (trad.), Paris, Vrin, 1994, 1.

tous »³⁸⁶. À l'horizon de cette première exigence, toute la législation d'un État devrait idéalement être la même pour tous, avoir un contenu identique pour chacun de ses destinataires. C'est dans ce sens de la tradition révolutionnaire, celui de l'humanisme abstrait, d'abord idéal, qu'il est permis de faire une première lecture, strictement littérale, de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée sans distinction aucune » ; « aucune » est donc à prendre au pied de la lettre, et « distinction » à entendre avec la signification neutre qu'elle avait pour les rédacteurs de la Convention de 1950, portant en ce sens clairement la marque du rationalisme idéaliste hérité de la Révolution. Cette première lecture exclut absolument toute distinction ; elle n'en admet rigoureusement aucune.

Ce moment formel de l'interprétation de l'égalité est, par définition, largement idéal. Néanmoins, il comporte déjà une part d'effectivité juridique dans la mesure où il oblige concrètement à reconnaître la qualité de personne³⁸⁷ humaine à l'universalité des êtres humains d'un système juridique, en ce sens précis que cette reconnaissance vaut pour tous ou pour aucun. Pour Hegel, « cette unique détermination abstraite de la personnalité constitue l'égalité effective des hommes »³⁸⁸. C'est ici le seul endroit où le principe d'égalité possède un contenu concret et où, en tant que principe juridique, elle entraîne une exigence pratique dont le contenu est directement applicable. Cette exigence, c'est l'obligation d'universalité de la reconnaissance de la personnalité humaine. Cela concerne, à l'échelon des États membres de la Convention européenne, la totalité des personnes relevant de leur juridiction. À titre d'exemple, un État qui prendrait une disposition ayant pour but ou pour effet de refuser la qualité de personne humaine à une partie des individus relevant de sa juridiction et partant, à une partie de l'humanité – l'Histoire du XXe siècle nous enseigne qu'une telle hypothèse

³⁸⁶ O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, op. cit., p. 45.

³⁸⁷ La référence à la notion de "personne" est délibérée et se justifie notamment par le contexte juridique de notre discours. Elle s'explique, d'abord, par des raisons de description du droit positif : le préambule du Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme se réfère ainsi expressément au « principe fondamental selon lequel toutes les personnes sont égales devant la loi ». Elle s'explique, ensuite, par des raisons d'inscription dans l'histoire du droit, dont le sens coïncide à la philosophie qui sous-tend la présente théorie de l'égalité, mettant l'accent sur la capacité humaine à surmonter les déterminations naturelles ou surnaturelles : J.-P. Baud montre ainsi très bien que « l'apparition de la notion de personne est une étape déterminante dans l'histoire de la désincarnation du droit » ; « tout le système de civilisation qu'exprime le droit romain a son assise fondamentale dans l'idée que les hommes, "recrétés" par le droit sous la forme de personnes, cessent d'être le jouet des forces naturelles, de ces puissances invisibles qui se manifestent aux hommes et qui agissent sur eux par l'intermédiaire de la sacralité des choses [...] En désacralisant le droit civil, et en affirmant corrélativement la domination des personnes sur les choses, le système juridique romain contenait en germe ce qu'on identifiera plus tard comme le *droit subjectif*, c'est-à-dire un droit reconnu à l'homme sans qu'il soit nécessaire de faire allégeance à un ordre naturel des choses qui contraindrait les juristes à accorder à chacun ce qui lui revient » (*L'affaire de la main volée – Une histoire juridique du corps*, Paris, Seuil, 1993, pp 60-61). Par cet acte de création, consistant à s'abstraire du monde physique, la civilité romaine institue, par exemple, l'égalité entre l'homme sain, bien nourri, et le malade affamé (*ibid.*, p. 70).

³⁸⁸ G.W.F. Hegel, *Encyclopédie des sciences philosophiques en abrégé* (édition 1830), op. cit., 539 (l'italique est dans le texte). Voir aussi *idem*, *Principes de la philosophie du droit*, op. cit., 49 ; ainsi que l'annotation de J.-F. Kervégan ; voir enfin J.-F. Kervégan, « Hegel, l'État, le droit », *Droits* 1992, n° 16, pp. 21 *sqq.* et plus particulièrement p. 29.

n'est malheureusement pas irréaliste – transgresserait cette définition idéologiquement et juridiquement originaire du principe d'égalité, dès lors que serait contestée à un individu ou groupe d'individus, la qualité même de personne humaine³⁸⁹.

L'obligation d'universalité de la reconnaissance de la personnalité humaine fonde concomitamment une autre obligation qui se manifeste lors du contrôle de l'égalité : l'obligation de comparaison³⁹⁰. C'est parce que je suis, exactement au même titre qu'autrui, une personne humaine, que je suis en droit de me comparer avec lui et inversement. Idéalement, la comparaison est universelle, elle porte sur la situation de chacun avec tous. Pratiquement, cela se traduit par le fait que la comparaison est universellement possible entre toutes les personnes d'un ordre juridique. Lors d'un contrôle devant le juge par exemple, la comparaison est envisageable entre n'importe quelle personne d'un ordre juridique. Toute personne peut demander au juge de comparer sa situation au regard de celle de n'importe quelle autre. C'est donc ici que naît l'obligation initiale de l'égalité : à savoir l'obligation de comparaison. Parce que liée à son instant fondateur, à l'origine du premier moment lui-même, et parce qu'arrimée à un contenu fondateur, la notion de personne, cette obligation est permanente : elle ne sera jamais supprimée au sein du processus dialectique (ou alors elle sera toujours rétablie).

Il est capital de ne pas perdre de vue ce qu'a pu avoir d'émancipateur à l'égard de la vieille société holiste, le fait d'envisager identiquement les individus, abstraction faite de leurs appartenances particulières, et d'en déduire la nécessité de les soumettre à une loi qui est la même pour tous. Il est essentiel de conserver à cette idée sa force libératrice à l'égard du figement de l'individu à l'intérieur des hiérarchies et des groupes sociaux, quels qu'ils soient. Cependant aujourd'hui, il est devenu tout aussi primordial de ne plus faire l'impasse sur les éventuelles limites et les potentielles dérives que contient ce schéma libéral classique. Les critiques sont relativement connues, elles consistent à dénoncer l'abstraction excessive d'une

³⁸⁹ Pour plus de précision, soulignons qu'à ce stade du raisonnement, l'alternative est ici d'ordre ontologique, du type "est-une-personne/n'est-pas-personne", elle n'est pas encore d'ordre quantitatif, du type "personnalité-augmentée/personnalité-diminuée". Selon nous, la notion de personne, comprise de manière minimale comme une vocation ou une prétention à la liberté, comme droit à avoir des droits, forme le contenu matériel, minimal, premier et permanent de l'égalité juridique, laquelle est toujours une égalité individuelle, une égalité personnelle. À ce stade-ci de notre démonstration, la question ne se pose donc pas encore dans les termes qui sont ceux de Jellinek dans l'extrait suivant : « La personnalité de l'individu n'est donc pas une grandeur constante, mais variable. Elle peut être étendue ou diminuée par une loi ou par un autre acte modifiant l'ordonnement juridique. Dès lors le principe de l'égalité juridique, tel que le formule les constitutions modernes, ne signifie pas la garantie d'un même ensemble de droits, ni même d'une même capacité juridique, mais seulement que dans les mêmes situations subjectives ou objectives une personnalité plus étendue n'est pas accordée à un individu par rapport à un autre » (G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2^e éd., Tübingen, Mohr, 1905, p. 84).

³⁹⁰ Comme le fait remarquer Husserl, « la comparaison comme activité, comme acte de contemplation relationnelle, comme va-et-vient actif du regard de saisie entre les membres de la relation, présuppose originairement une similitude... » ; E. Husserl, *Expérience et jugement, recherches en vue d'une généalogie de la logique*, Paris, PUF, 1991, p. 227 (§ 225) ; voir aussi pp. 227-233.

conception qui décrit un homme désincarné, désengagé, décontextualisé³⁹¹, une conception qui postule l'interchangeabilité de tous les hommes. Elles stigmatisent l'universalisme uniformisant, la « tyrannie homogénéisante »³⁹² ou assimilationniste, « la fantastique oppression de l'Autre par le Même »³⁹³ lesquels, en réalité, se cachent derrière une telle compréhension de l'humanité et que reflète une acception de l'égalité qui établit entre les hommes un rapport d'identité. « Le dispositif moderne, ainsi conçu, permet la réduction à l'identique, en n'assurant l'égalisation de l'autre qu'au prix de l'effacement de sa différence »³⁹⁴. Nous avons amplement illustré les effets pervers induits par une clause générale d'égalité devant la loi, signifiant l'uniformité de traitement de tous les ressortissants nationaux, laquelle ignore la différence de l'autre, soit en l'assimilant, comme par exemple les minorités absorbées au sein d'un ensemble homogénéisé sur le modèle de l'État-nation, soit en l'excluant, s'il était supposé ne pouvoir être intégré par l'annulation de sa différence, comme par exemple l'étranger (et plus spécialement la minorité étrangère) pendant longtemps écarté des clauses générales d'égalité de traitement³⁹⁵. Dans un registre plus profond, cette négation de la différence est parfaitement exprimée par Michel Le Bris lorsqu'à la question « qu'est-ce donc qui “rate” dans l'aventure des Lumières ? », celui-ci répond « le refus de la transcendance de l'Autre »³⁹⁶. Si l'identique fonde l'égalité, il est essentiel qu'il ne s'y confonde pas entièrement.

³⁹¹ M. Sandel, *Le libéralisme et les limites de la justice*, Paris, Seuil, 1999, p. 261 ; Ch. Taylor, *La liberté des modernes*, Paris, PUF, 1997 (Ch. Taylor y défend la conception d'un « agent incarné, engagé dans le monde » ; p. 119 *sqq.*).

³⁹² Ch. Taylor, « La politique de reconnaissance », in Ch. Taylor, *Multiculturalisme – Différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 2001, p. 71 ; voir aussi p. 57 et p. 83.

³⁹³ A. Renaut et S. Mesure, *Alter Ego...*, *op. cit.*, p. 265.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 48.

³⁹⁵ L'étranger a commencé d'être protégé sur le fondement de clauses spéciales (et non générales) d'égalité de traitement. Ce n'est que depuis 1948 qu'il est un titulaire *a priori* et à part entière des clauses générales d'égalité de traitement.

³⁹⁶ M. Le Bris, *Fragments du royaume – conversations avec Yvon Le Men*, Vénissieux, Éditions Paroles d'Aube, 1995, p. 152 ; nouvelle édition (revue et corrigée), Genouilleux, La passe du vent, 2000, p. 154. À propos de la dernière génération des Lumières, celles des « Idéologues », M. Le Bris, à la suite de Gusdorf, a ces quelques phrases qui traduisent avec éloquence le constat de la résistance farouche de l'altérité face à la volonté révolutionnaire d'arasement : « Ces hommes essentiellement tolérants, “contre le despotisme de la tradition” entendaient simplement passer de la multiplicité irrationnelle des hommes et des normes à l'uniformisation sous l'invocation de la raison – Sieyès inventera même le néologisme “adunation” pour décrire le processus. Or ça ne marche pas : ce que montre Gusdorf de manière saisissante, c'est que ce processus débouche lui aussi sur un insupportable totalitarisme. Parce qu'ils sont des démocrates, ces hommes découvrent donc avec une angoisse croissante qu'il y a dans le réel, et particulièrement dans l'espace comportemental humain, quelque chose “en trop”, quelque chose de louche, quelque chose qui résiste à la rationalisation, et que la raison devient littéralement folle et destructrice dans ses effets, à tenter de le réduire. Ils buteront comme des papillons affolés contre une vitre, sur cette question scandaleuse : comment, pourquoi la raison peut-elle devenir folle ? Certains de ceux-là vécurent la Révolution comme la tragédie d'un dédoublement insensé : la misère des faits d'un côté et la pureté des principes de l'autre » (p. 152 ; nouvelle édition, p. 154). La diversité irréductible de l'humain d'une part, et une loi identique pour tous de l'autre. À contre-courant de cette volonté de « négation de la transcendance de l'autre » (p. 153), M. Le Bris milite pour une revalorisation du romantisme (M. Le Bris, *Le défi romantique*, Paris, Flammarion, 2002).

§ 2. Le moment de la différence universelle : toutes les personnes sont différentes

Le passage à ce deuxième moment interprétatif de l'égalité est autant justifié par des raisons descriptives, afin de rendre compte au plus juste du droit positif et de l'application du principe d'égalité dans la réalité, que par des raisons prescriptives, afin d'offrir un cadre théorique – entendu à la fois comme un fondement, une assise et un encadrement, une limite – au défi contemporain posé à l'égalité par l'émergence de la revendication de prise en compte du "pluralisme"³⁹⁷.

Ce deuxième moment de l'interprétation du principe d'égalité apparaît dès lors qu'on envisage qu'une différenciation entre les êtres humains est possible, dès lors qu'on admet qu'un découpage de l'universalité des sujets de droit peut être considéré comme valide. Dès l'instant que l'on quitte l'idée selon laquelle l'égalité impose un traitement unique de l'universalité des sujets de droit, aussitôt que l'on reconnaît qu'une telle caractérisation ne saurait en toute hypothèse, s'imposer à la totalité d'une législation : que l'on accepte ne serait-ce qu'un seul traitement différent, et plus généralement, que l'on accueille la validité d'une législation qui procède à une pluralité de traitements – ce qui est le cas de toute législation – on entre dans une problématique nouvelle de l'interprétation du principe d'égalité.

L'enjeu est alors de donner une interprétation du principe d'égalité qui « n'interdit pas toute distinction »³⁹⁸, comme l'a rappelé la Cour européenne des droits de l'homme en 1968 à l'occasion de l'*Affaire linguistique belge* : « les autorités nationales compétentes se trouvent souvent en face de situations ou de problèmes dont la diversité appelle des solutions juridiques différentes »³⁹⁹. Au terme de cette jurisprudence, un traitement différent qui repose sur une justification objective et raisonnable ne constitue pas une discrimination prohibée par l'article 14 de la Convention. Dans ces conditions et dès le départ, la Cour a donné à l'égalité

³⁹⁷ Sur cette question voir : P. Bouretz, « Sur la philosophie politique de l'égalité », in *Conseil d'État – Rapport public 1996 : Le principe d'égalité*, Paris, La documentation française, pp. 477-486 ; A. Boyer, « Justice et égalité », in D. Kambouchner (dir.) *Notions philosophie – III*, Paris, Gallimard, 1995, pp. 9-86 ; D. Collin, *Morale et justice sociale*, Paris, Seuil, 2001 ; Emmanuel Renault, « Entre libéralisme et communautarisme : une troisième voie ? », in E. Renault et Y. Sintomer (dir.), *Où en est la théorie critique ?*, Paris, La Découverte, 2003, pp. 251-268 ; *idem*, « Les conceptions européennes de l'identité », in N. Tazi (dir.), *Keywords : l'identité*, Paris, La Découverte, 2003 ; *idem*, « Politique de l'identité, politique dans l'identité », *Lignes* octobre 2001, pp. 178-200 ; Alain Renaut, *Libéralisme politique et pluralisme culturel*, Paris, Éditions Pleins Feux, 1999 ; *idem*, « Multiculturalisme, pluralisme, communautarisme », in Y. Michaud (dir.), *L'Université de tous les savoirs – Le pouvoir, l'État, la politique*, Paris, Odile Jacob, 2002, pp. 9-23 ; S. Guérard de Latour, *La société juste – Égalité et différence*, Paris, Armand Colin, 2001.

³⁹⁸ CourEDH, (formation plénière), *Affaire relative à « certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*, 23 juillet 1968, *Série A* n° 5, p. 34, 10.

³⁹⁹ *Ibid.*

une interprétation qui prend en compte la différence, dans la mesure où un traitement différent peut être un traitement conforme au principe d'égalité.

Depuis l'affaire *Thlimmenos contre Grèce* du 6 avril 2000, la jurisprudence relative au principe d'égalité va plus loin. Avant cet arrêt, la prise en considération de la différence demeurait minimale en ce sens que le principe d'égalité avait pour objet de juguler la différence de traitement ; désormais il va jusqu'à susciter différenciation, en ce sens qu'il requiert d'appliquer un « traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »⁴⁰⁰. Jusque-là, l'article 14 de la Convention européenne prescrivait de traiter de façon identique les situations analogues ; dorénavant il oblige aussi à traiter différemment les situations sensiblement différentes. À proprement parler, le pas franchi entre 1968 et 2000 s'analyse comme un simple changement de degré. Cependant, l'évolution n'en reste pas moins considérable, et s'apparente presque à un changement de nature. En toute hypothèse, elle fait apparaître l'affaire *Thlimmenos* comme étant l'arrêt le plus important depuis l'inaugurale *Affaire linguistique belge*. Avant, la différence était en quelque sorte perçue comme une nécessité encore quelque peu externe à l'égalité, que celle-ci ne faisait que tolérer pour ainsi dire. Désormais, elle est appréhendée comme une exigence véritablement interne à l'égalité. Dès l'instant que l'on considère que celle-ci va jusqu'à commander de façon positive la différence de traitement et qu'elle n'est plus uniquement là pour la réprimer, alors l'idée de différence ne peut plus être comprise comme une pure contingence. Elle est un commandement intrinsèque à l'égalité. La pratique jurisprudentielle installe la différence comme étant inhérente à l'égalité. Dans une perspective plus large, l'arrêt *Thlimmenos*, achève en quelque sorte le virage, commencé en droit international par l'avis du 10 septembre 1923 de la Cour permanente de justice internationale concernant la situation des colons allemands en Pologne, par lequel l'égalité s'est ouverte à la différence. D'un point de vue spéculatif, la différence de traitement trouve son fondement théorique dans ce deuxième moment du concept d'égalité qui considère la particularité de chacun.

C'est le deuxième moment dialectique de l'égalité qui autorise (version faible) ou requiert (version forte) le traitement différent⁴⁰¹. Dans la perspective dialectique, ce moment de la différence est la négation du précédent, il est la transition de l'indifférencié vers la différenciation, il est le passage de l'identité de tous à son contraire, aux différences

⁴⁰⁰ CourEDH, *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, § 44.

⁴⁰¹ C'est une tautologie de dire que c'est à l'endroit où l'égalité signifie la différence qu'elle permet ou commande la différence, mais cette évidence mérite néanmoins d'être énoncée, car elle est encore insuffisamment aperçue, tant la tradition révolutionnaire a été et est encore vigoureuse. Ajoutons que pour qu'il y ait écart, dissemblance entre deux objets, il faut qu'ils soient commensurables ; on ne peut mesurer un écart que lorsque l'on dispose d'une commune mesure ; pour être pensé comme différent, il faut, auparavant avoir été pensé comme semblable. « Il n'y a d'égalité que sur fond d'inégalité et réciproquement » ; J. Biard, D. Buvat, J.-F. Kervégan *et al.*, *Introduction à la lecture de la Science de la logique de Hegel... op. cit.*, p. 76 ; voir aussi : J. W. Burbidge, « L'injustice dans l'égalité : quelques réflexions sur la pensée de Hegel », *Cahiers de philosophie politique et juridique* 1985, n° 8 (*L'égalité – Actes du colloque de mai 1985*), Centre de publications de l'Université de Caen (pp. 181-189), pp. 185-186.

irréductibles entre tous. Poser la différence comme un moment à part entière du principe d'égalité, c'est faire plus que simplement fournir un point d'appui théorique à la pratique jurisprudentielle, cela engage philosophiquement, là aussi, une conception de l'humanité qui consiste à reconnaître la singularité imprescriptible de chacun⁴⁰². Il est plus que jamais fondamental de faire droit à cette part de vérité selon laquelle poser que deux personnes sont égales, c'est aussi postuler qu'elles ne sont pas identiques, qu'elles sont différentes. Ce moment de la singularisation postule que chaque être humain est authentiquement unique, inassimilable en quoi que ce soit à un autre.

Nous nous associons, là encore, à Alain Renaut pour considérer qu'il y a lieu de réaménager l'héritage libéral classique en lui adjoignant une exigence entr'ouverte par le romantisme allemand⁴⁰³, selon laquelle il est indispensable de ne pas ignorer que « chacun de

⁴⁰² Le contenu de ce deuxième moment de l'égalité, c'est-à-dire ce passage dialectique par la reconnaissance de la singularité de chacun gagnerait à être enrichi ou approfondi par les réflexions menées par les divers mouvements philosophiques qui – en réaction à un libéralisme ou un humanisme trop abstrait et homogénéisant, mais chacun à leur manière – se sont proposés de penser la différence. 1/ Nous pensons, d'abord, à H. Arendt, et notamment au dernier chapitre de *L'impérialisme* intitulé « Sur la complexité des droits de l'homme » : H. Arendt, *Les origines du totalitarisme – L'impérialisme*, Paris, Seuil, 1982, pp. 271-292, particulièrement les pp. 290-292. Pour une lecture de cette partie de l'œuvre de H. Arendt sous l'angle, précisément, de la problématique droit à l'égalité/droit à la différence : A. Renaut et L. Sosoe, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1991, pp. 185-207 (chapitre consacré à « H. Arendt et l'idée moderne du droit »). 2/ Nous pensons, ensuite, à la théorie de la reconnaissance élaborée A. Honneth qui compte parmi les représentants actuels de l'école de Francfort : A. Honneth, *La lutte pour la reconnaissance*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2000 (seul ouvrage traduit en français à ce jour) ; voir aussi J.-Ph. Deranty, « Mésentente et lutte pour la reconnaissance : Honneth face à Rancière » et F. Fischbach, « Axel Honneth et le retour aux sources de la théorie critique : la reconnaissance comme “autre de la justice” », in E. Renault et Y. Sintomer (dir.), *Où en est la théorie critique ?*, Paris, La Découverte, 2003, respectivement pp. 185-199 et pp. 169-184. Voir encore E. Renault, *Mépris social – Éthique et politique de la reconnaissance*, Paris, Éditions du Passant, 2000 (« L'éthique de la reconnaissance [...] précise ainsi que l'idéal régulateur de l'interaction sociale n'est pas seulement l'accord acceptable par tous, mais également la reconnaissance de la différence, la reconnaissance de la valeur de ce qui dans mon action relève d'une spécificité irréductible et non immédiatement universalisable » ; p. 56). Ou bien, M. Crépon, *Les promesses du langage – Benjamin, Rosenzweig, Heidegger*, Paris, Vrin, 2001 (lire l'appendice intitulé « Les identités hétérogènes – Réflexions sur la (les) culture(s) de l'Europe », pp. 215-231, particulièrement pp. 221-231). 3/ Nous pensons, enfin, à Ch. Taylor, qui appelle à « une vraie reconnaissance des différences » : Ch. Taylor, *Le malaise de la modernité*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2002, notamment pp. 33-61 (p. 59). Il faut bien sûr citer le pluralisme juridique de M. Walzer, qui s'efforce de pluraliser le concept de “justice” en fonction des multiples “sphères” auxquelles les individus appartiennent : M. Walzer, *Sphères de justice – Une défense du pluralisme et de l'égalité*, Paris, Seuil, 1997, notamment pp. 26-27 (et 28-32) ; « la réflexion de Walzer articule deux types de pluralismes le pluralisme des biens sociaux et le pluralisme des identités sociales et culturelles » ; J. Lacroix, *Michaël Walzer – Le pluralisme et l'universel*, Paris, Michalon, coll. « Le bien commun », 2001, p. 20.

⁴⁰³ Chacun connaît l'assaut du romantisme allemand contre la Révolution française et la sévère mise en question de toute politique de droits de l'homme, accusée d'ouvrir « la voie au despotisme qui se contente de quelques maximes universelles » et « sacrifie totalement la richesse et la diversité » des traditions. Ces deux formules que cite A. Renaut sont celles de « Justus Möser, important politique et publiciste de Westphalie, qui, dans un article paru en juin 1790 (« *Sur le droit de l'humanité comme fondement de la Révolution française* »), donna en quelque sorte le signal de départ à tout le mouvement qui, de Jacobi et Rehberg à Gentz et A. Müller, allait s'en prendre à l'abstraction des principes universels inspirant les révolutionnaires français et leur opposer, dans l'esprit du romantisme, l'irréductible diversité des formes infinies de la vie » (A. Renaut et S. Mesure, *Alter Ego...*, op. cit., en note p. 19.). Se reporter également aux *Recherches sur la Révolution française (1793)* de L.A.W. Rehberg (traduit et présenté par L. Sosoe, préf. A. Renaut, Paris, Vrin, 1998), dont A. Renaut nous

nous a une manière originale d'être humain : chaque personne a sa propre "mesure" »⁴⁰⁴. Il est aujourd'hui nécessaire de réinvestir une telle revendication, non plus à l'encontre de la Révolution française comme ce fut historiquement le cas avec le romantisme allemand, mais avec celle-ci, à l'intérieur de la modernité libérale. L'histoire rejoint ici la théorie puisque, dans le cadre de la description théorique qui est la nôtre, nous nous proposons de l'intégrer comme un moment à part entière du processus dialectique⁴⁰⁵. « La prise en compte des différences ne peut plus en effet aujourd'hui que faire elle aussi partie, incontestablement, de toute "reconnaissance" de l'humanité en l'homme »⁴⁰⁶. Cette seconde requête, qui consiste à « restituer à l'égal sa différence », repose sur la conviction de l'impossibilité de « faire entièrement abstraction de l'insertion originaire des êtres humains dans une humanité particulière »⁴⁰⁷.

Considéré isolément, ce moment de singularisation conduirait à une éthique qui va dans le sens d'une séparation, d'un éclatement, d'un détachement de tout ce qui est partagé. Plus exactement – si l'on s'arrêtait à cet instant fictif de médiation de l'égalité – celui-ci réclamerait le traitement universellement différencié pour chacun des sujets de droit conformément à sa singularité ; il commanderait au législateur de statuer systématiquement pour chaque personne en particulier. À cet endroit, la différence universelle entre tous obligerait idéalement à des traitements universellement individualisés.

explique qu'elles ont été entre-temps influencées par les *Réflexions sur la Révolution de France* (1790) de E. Burke, traduit rapidement et à plusieurs reprises en Allemagne (notamment par Gentz). Sur le problème de la légitimité de la notion d'intérêt particulier, voir L. Jaume, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, pp. 281-287.

⁴⁰⁴ Ch. Taylor, *Le malaise de la modernité*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2002, p. 36. Pour Ch. Taylor, c'est à Herder que l'on doit d'avoir formulé cette idée « qui se trouve dans l'air du temps » (*ibid.*) : « Jeder Mensch hat ein eigenes Mas, gleichsam eine eigne Stimmung aller sinnlichen Gefühle zu einander » (G. Herder, *Ideen*, chap. 7, section 1, in *Sämtliche Werke*, B. Suphan (éd.), Berlin, Weidmann, 1877-1913, vol. 13, p. 291) ; cité par Ch. Taylor, p. 36, note 4.

⁴⁰⁵ Comme chacun le sait, le deuxième moment dialectique est affirmé, de façon temporaire seulement, contre le premier, puisqu'il est appelé à être dépassé.

⁴⁰⁶ A. Renaut et S. Mesure, *Alter Ego...*, *op. cit.*, p. 25. Ici aussi, se reporter à A. Renaut, « Les humanismes... », précité.

⁴⁰⁷ A. Renaut et S. Mesure, *Alter Ego...*, *op. cit.*, pp. 23-24. Sur de nombreux points, nous rejoignons Alain Renaut, notamment quant à son aspiration de rester à l'intérieur de la pensée libérale, mais nous nous en distinguons en cela que nous recourons, pour notre part, à la dialectique hégélienne pour résoudre « les paradoxes de l'identité démocratique ». Nous l'avons dit, il développe sa pensée en prenant comme point de départ un déplacement interne aux Lumières et débouchant sur ce qu'il appelle les Lumières critiques (Rousseau, Kant et Fichte), qui conçoivent l'humanité comme irréductibilité à une quelconque nature (voir *supra* notes 383 et 384). « En ce sens, [...] l'*alter ego* est aussi, comme tel, reconnu dans son altérité par rapport à moi ou par rapport à nous : puisqu'il n'est, comme être humain, défini par rien, il ne peut être identifié à rien et par rien qui nous soit commun au sens d'une nature. Parce que l'identité spécifique correspond à une universalité vide, la perception de l'autre comme humain équivaut donc à le reconnaître dans sa différence et comme être dont la différence même a une valeur imprescriptible. C'est en ce point précis que l'exigence exprimée unilatéralement par la deuxième idée d'humanité, qui s'était originairement affirmée contre l'idée universaliste, trouve sa part de vérité, à la faveur de sa transformation par intégration à un universalisme lui-même repensé » ; *ibid.*, pp. 29-30.

Ici aussi, ce moment formel de l'interprétation de l'égalité, est par définition complètement idéal, les différences possibles étant de surcroît infinies ; pas plus qu'auparavant, une telle caractérisation ne saurait s'imposer à la totalité d'une législation. Il comporte néanmoins déjà une part d'effectivité juridique qui se manifeste très directement à chaque fois qu'un État régit la situation d'une personne par le biais d'une mesure individuelle⁴⁰⁸.

Ce deuxième moment de l'interprétation exige qu'un traitement respecte la spécificité d'une situation qui, à ce stade, correspond à la situation d'une seule et unique personne, et n'est pas encore celle de plusieurs individus. Cependant, le mouvement est lancé car dès lors que l'on a quitté le moment de la totalité, on entre sur le terrain de la particularité. C'est donc bien ici, dans ce deuxième moment du principe d'égalité, que s'enracine l'obligation qui ordonne qu'un traitement, quel qu'il soit, repose sur une justification objective. C'est ici que naît l'obligation d'objectivité d'un traitement consistant à exiger de lui qu'il soit en correspondance avec la spécificité de la situation d'une seule personne comme ici, ou de plusieurs personnes, comme cela pourra être le cas au troisième stade de la dialectique égalitaire⁴⁰⁹.

Section 2. Le moment universel-concret du principe d'égalité

Le moment universel-concret nous donne la définition véritable du principe d'égalité tel qu'il est appliqué concrètement par la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que par la plupart des cours constitutionnelles européennes. Du point de vue dialectique, le moment universel-concret réalise le dépassement de l'affirmation antithétique de l'identité de tous – qui voudrait le traitement identique de la totalité des sujets de droit – et de la singularité de chacun – qui voudrait des traitements particularisés pour chaque sujet de droit. Ce

⁴⁰⁸ « Un impôt qui n'est supporté que par une seule personne peut être tout à fait admissible » ; A. Alen, « Égalité et non-discrimination en droit interne : synthèse », in A. Alen et P. Lemmens (dir.), *Égalité et non-discrimination*, Anvers, Kluwer, 1991 (pp. 199-216), p. 202.

⁴⁰⁹ L'impératif d'objectivité est lié de façon consubstantielle au moment idéal de la différence, car si l'égalité était entendue de façon absolue et ne contenait pas une part d'acceptation de la différence, l'idée d'objectivité serait évacuée d'elle-même puisqu'il suffirait de constater que quelque chose est accordé à une personne pour que l'égalité absolue (celle où l'idée de différence est absente, ou plus exactement absente au sens où les deux éléments de la relation sont interchangeable) oblige à l'accorder à l'autre personne sans autre référence au réel que celle-là.

troisième moment du concept d'égalité est dialectiquement celui qui abroge⁴¹⁰ les deux moments précédents, à la fois les conserve et les surmonte.

Le dépassement d'une telle contradiction n'est envisageable que s'il existe une priorité lexicale entre les deux postulats initiaux. L'antinomie n'est surmontée que s'ils ne se situent chronologiquement ou axiologiquement pas sur un même niveau. À l'intérieur du principe d'égalité, l'impératif d'identité prime celui de différence. L'identique et le singulier n'ont, au sein de l'égalité, pas le même poids axiologique : l'un est supposé premier par rapport à l'autre. Cette idée absolument fondamentale – et sur laquelle il faudra évidemment revenir – peut, pour l'instant, être mise entre parenthèses afin que l'on puisse se concentrer sur l'idée selon laquelle au sein de cette troisième et ultime phase de l'égalité, le souci de l'identité entre tous et celui de la singularité de chacun se sont réciproquement amendés.

À ce stade concret de l'interprétation, à ce niveau scrupuleusement descriptif du droit positif européen, le principe d'égalité n'impose donc pas que la législation d'un État traite uniformément toutes les personnes, ni non plus qu'elle traite spécialement chacune d'elles. À l'échelon concret qui est ici le nôtre, et d'une manière qui reste encore volontairement minimale, nous nous contenterons provisoirement d'affirmer qu'au contraire de la période abstraite antérieurement décrite, le principe d'égalité "accepte" maintenant – par contraste avec ce qui était son moment idéal premier – de fractionner l'universalité des sujets de droit au nom d'une dissemblance de situation, et "accepte" aussi dorénavant – par contraste avec ce qui était son moment idéal second – de regrouper des sujets de droit au nom d'une ressemblance de situation⁴¹¹. La Cour européenne des droits de l'homme n'exprime pas autre chose lorsqu'elle affirme que le principe de non-discrimination exige⁴¹² – à partir de l'arrêt rendu dans l'*Affaire linguistique belge* – d'appliquer un traitement identique aux personnes placées dans des situations essentiellement semblables et – depuis l'arrêt *Thlimmenos* – d'appliquer un « traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »⁴¹³. Au regard de ce qui était son moment idéal second, le fractionnement pourra ici encore dans certaines hypothèses, sans doute raréfiées, se produire au niveau individuel, mais plus de façon systématique comme auparavant : désormais, le fractionnement pourra s'opérer au niveau d'un groupe d'individus⁴¹⁴. Inversement, au regard de ce qui était son

⁴¹⁰ L'utilisation du terme « abroger » se justifie par le contexte juridique du propos et reprend la terminologie proposée par J.-F. Kervégan, dans sa traduction des *Principes de la philosophie du droit* de G.W.F. Hegel (*op. cit.*), et sur laquelle il s'explique en page 64.

⁴¹¹ Ainsi mis en perspective, nous aurons l'occasion de le redire, tout traitement s'analyse désormais, soit comme un regroupement, soit comme un de fractionnement des sujets de droit, ces deux actes étant dorénavant *autorisés* par le principe d'égalité.

⁴¹² "Seulement" serions-nous tenté d'ajouter.

⁴¹³ CourEDH, *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, § 44. Formulé autrement, le principe d'égalité interdit de traiter distinctement des situations sensiblement semblables et proscrit de traiter identiquement des situations essentiellement dissemblables.

⁴¹⁴ Pour une matérialisation de cette idée selon laquelle l'égalité se situe, soit au niveau individuel, soit au niveau groupal, il est possible de mentionner la formule jurisprudentielle, énoncée par la Cour européenne des droits de

moment idéal premier, le regroupement pourra sans doute encore dans certaines hypothèses, probablement réduites là aussi, concerner la totalité des sujets de droits, mais plus automatiquement comme antérieurement : à l'avenir, le regroupement pourra se faire au niveau d'un groupe d'individus. Autrement dit, le regroupement – de tous (hypothèse rare) ou de quelques uns (hypothèse ordinaire) – comme le fractionnement – entre chacun (hypothèse rare) ou quelques uns (hypothèse ordinaire) – sont désormais tous deux accueillis.

C'est parce qu'en son sein, l'égalité reconnaît à la fois l'identité et la différence qu'elles se tempèrent aussi l'une l'autre. À l'intérieur de l'égalité, le postulat d'identité vient contraindre le postulat de différence et inversement. Dès lors, les regroupements ou fractionnements opérés par le législateur – autrement dit, tous les traitements quels qu'ils soient – apparaissent respectivement comme étant *a priori* potentiellement négateurs de chacun des deux aspects de l'égalité. Au regard de l'idéalité du moment précédent, tout traitement quel qu'il soit, est un enfermement de l'individu par rapport aux autres égaux (entendus principiellement comme fondamentalement identiques et possiblement différents), par rapport au reste de l'universalité des égaux⁴¹⁵. Le principe d'égalité permet de questionner un tel « enfermement » dans la mesure où il autorise l'individu à comparer sa situation avec tous les autres individus de l'ordre juridique. La comparaison peut d'abord se faire avec les individus qui ne sont pas visés par la catégorie dans laquelle l'individu a été rangé, et éventuellement révéler que son enfermement dans la catégorie légale en question a pour effet de nier une communauté ou similitude de situation avec ceux-ci. La comparaison peut ensuite se faire avec les individus qui sont visés comme lui par la catégorie dans laquelle il a été rangé et éventuellement déboucher sur le constat que son enfermement dans la catégorie

l'homme, précisant que l'article 14 de la Convention « protège les *individus ou groupement* placés dans une situation comparable contre toute discrimination dans la jouissance des droits et libertés » reconnus par le traité européen ; CourEDH, *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, 27 octobre 1975, 44 (l'italique est de notre fait).

⁴¹⁵ Plutôt que d'affirmer que les traitements, identiques ou différents, « isolent des catégories du réel » comme le fait O. Jouanjan, (*Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, op. cit.*, p. 181), il nous semble plus juste de dire qu'ils enferment l'individu par rapport au reste de l'universalité des égaux (la double universalité des égaux). Bien plus encore, c'est même aller dans le sens de sa propre réflexion, qui appelle à penser l'égalité à partir de la notion d'universalité (et non plus de généralité). Pour des raisons que nous expliquerons ultérieurement, nous soutenons que cette convocation, ainsi présentée, du réel, est aporétique. Sauf à considérer, ce qui serait parfaitement possible, premièrement que la réalité contient la vérité absolue des rapports interindividuels, deuxièmement qu'elle n'est pas uniquement synonyme d'hétérogénéité, mais aussi d'homogénéité, et troisièmement que c'est un idéal partiellement accessible à l'échelle humaine. Ainsi défini comme un paradigme général, « le réel » n'incarnerait alors pas autre chose que le moment universel abstrait du principe d'égalité dans notre théorie. Voilà pourquoi il est plus juste, de notre point de vue comme du sien, d'utiliser la notion d'universalité. Une remarque encore : considérer que la réalité contient la vérité absolue des rapports interindividuels, reviendrait à poser l'état d'égalité comme un état naturel, le droit à l'égalité comme un droit naturel, ce qui est pleinement concevable mais reste bien sûr discutable. Le débat sur le fondement philosophique de l'égalité cristallise à merveille le débat sur l'existence ou non d'un droit naturel en général et demeure, comme lui, totalement ouvert. En effet, l'égalité comporte d'un côté une face objective : le principe d'égalité impose effectivement une correspondance avec la réalité, avec un certain ordre des choses ou du monde. Mais il contient aussi de l'autre côté une face subjective : le principe d'égalité reste silencieux sur les réalités avec lesquelles il doit y avoir correspondance, les choses ou le monde étant ordonnés par l'homme lui-même.

légale en question a pour effet de nier une particularité ou dissimilitude de situation vis-à-vis de ceux-ci.

Le principe d'égalité n'accepte pas n'importe quel fractionnement ni n'importe quel regroupement. À ce troisième et dernier niveau de l'interprétation, l'impératif de non-discrimination a justement pour objet de contraindre ces deux opérations. Sa normativité réside précisément dans le fait de conditionner les fractionnements et regroupements opérés par le législateur. Or, tout traitement, quel qu'il soit, s'analyse soit comme un regroupement, soit comme un fractionnement des sujets de droit. Le principe d'égalité oblige à ce que ces deux actions soient accomplies suivant deux exigences, dont il est important de souligner qu'elles sont internes à l'égalité.

Pour être égalitaire, un traitement doit satisfaire à deux conditions. La première est celle qui prescrit l'objectivité comparée du traitement (§ 1). La seconde est celle qui enjoint la raisonnable ou la proportionnalité comparée du traitement (§ 2).

§ 1. L'objectivité comparée du traitement

Le principe d'égalité exige qu'un traitement repose sur une justification comparativement objective. Pourquoi cette obligation d'objectivité comparée ? Parce que n'indiquant pas ce qui doit être considéré comme similaire (hormis la notion fondatrice de personne) et ce qui ne le doit pas, le principe d'égalité se contente de poser que, s'il existe une ressemblance de situation, celle-ci doit être respectée, et/ou s'il existe une dissemblance de situation, celle-ci doit aussi être respectée. C'est bien ce lien entre les situations et les traitements que réclame la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle énonce que le principe de non-discrimination exige d'appliquer un traitement identique aux personnes placées dans des situations analogues et d'appliquer un « traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »⁴¹⁶. De la sorte, le contrôle du respect du principe d'égalité consiste à rechercher si une propriété est effectivement soit commune à plusieurs sujets de droits, soit distinctive entre plusieurs sujets de droits.

Suivant une logique qui prend dialectiquement naissance lors du passage par ce qui a été son deuxième moment⁴¹⁷, le principe d'égalité oblige à ce qu'un traitement soit en

⁴¹⁶ CourEDH, *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, § 44.

⁴¹⁷ Nous l'avons alors déjà souligné (voir *supra* p. 148). Il est possible, ici, de reconstituer l'évolution dialectique d'une telle exigence. Depuis son passage par ce qui a été son deuxième moment, l'éventualité d'une spécificité de situation, et l'obligation de s'y adapter ne sont plus exclues. C'est donc dialectiquement, lors du deuxième moment égalitaire que naît l'exigence d'objectivité du traitement. Cependant, il faut tout de suite préciser que cette spécificité de situation peut, ici – à ce troisième et ultime stade – être partagée par plusieurs

correspondance (rationnelle) avec la réalité des situations individuelles qu'il régit, ce qui – par définition – s'apprécie comparativement. C'est en ce sens que le principe d'égalité a pour effet de rationaliser l'action des pouvoirs publics. Le contrôle de cette première exigence « porte sur la concordance entre les critères de délimitation des catégories établies par la règle et les structures et contours de la réalité dans laquelle vivent et agissent les individus. La comparaison étant comparaison entre situations réelles, il faut donc que le système des catégories légales ou réglementaires résulte d'une telle comparaison, et que par conséquent, les critères retenus trouvent un point d'appui dans la réalité »⁴¹⁸. En un mot, le principe d'égalité commande qu'un traitement soit *objectif*.

À ce stade de la démonstration, nous voudrions insister sur le fait que l'obligation d'objectivité constitue une exigence qui est interne à l'égalité en tant qu'elle est liée de façon consubstantielle à l'apparition ou l'acceptation, aussi bien théorique qu'historique, de l'idée de différence au sein de l'égalité. Si l'objectivité d'un traitement est une nécessité interne à l'égalité, c'est justement parce que l'idée du respect de la différence est elle-même interne à l'égalité. Exiger qu'un traitement soit en correspondance avec la spécificité d'une situation, c'est bien, là, le reflet de l'éventualité d'une pluralité de situations. Réquisit d'objectivité et possibilité de différenciation vont de pair. Si l'on acquiesce au fait que l'obligation d'objectivité est un impératif interne à l'égalité, au sens où c'est bien la norme égalitaire qui requiert qu'un traitement soit objectivement justifié, alors on acquiesce également au fait que l'idée du respect de la différence est interne à l'égalité. Ne pas reconnaître ce deuxième aspect, c'est ne pas pouvoir expliquer pourquoi le principe d'égalité oblige à ce qu'un traitement repose sur une justification comparativement objective.

C'est là un point cardinal par lequel nous nous distinguons de la description théorique du principe d'égalité proposée par Olivier Jouanjan, qui reste, selon nous, sur une aporie ou à tout le moins une insuffisance, à savoir qu'elle est inapte à rendre compte de façon rationnelle du fait que l'impératif d'objectivité est tiré du principe d'égalité lui-même. Non pas qu'il n'en fasse pas une étape primordiale de l'application du principe ; cependant, il n'a pas d'autre choix, pour expliquer l'existence d'une telle revendication, que de recourir à une justification qui, strictement analysée, demeure externe à ce principe, en raison précisément du statut de la différence, lequel reste, à l'instant le plus crucial de la démonstration menée par cet auteur, extérieur à l'égalité. Mais il n'est alors plus possible d'affirmer avec cohérence que c'est, là, un effet juridique qui est tiré du principe d'égalité lui-même. Plutôt qu'une critique, nos

individus, et que l'égalité impose, dès lors – par rappel concomitant de ce qui a été son premier moment – que les situations qui partagent la même spécificité, c'est-à-dire qui sont analogues, soient traitées pareillement. Pour être complet et envisager l'universalité des situations possibles, il faut encore ajouter que le principe d'égalité prescrit – par rappel, à nouveau et dans le même temps, de ce qui a aussi été son deuxième moment – que les situations qui ne partagent pas cette spécificité, autrement dit qui ne sont pas analogues, soient traitées distinctement, conformément à leur différence de situation.

⁴¹⁸ O. Jouanjan, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits*, n° 16, 1992, p. 138 (ci-après cité « Réflexions... »).

observations se veulent un approfondissement de sa théorie⁴¹⁹, tant il est vrai que si nous sommes aujourd'hui en capacité d'engager une discussion avec cet auteur, c'est parce qu'il compte parmi les rares auteurs qui, sur le sujet, ont fait preuve d'une très grande exigence rationnelle.

Une lecture attentive du raisonnement d'Olivier Jouanjan, et de l'endroit où la notion de différence apparaît dans sa démonstration, atteste du fait qu'il a pressenti, sans pour autant le formaliser, que l'impératif d'objectivité du traitement a partie liée avec la possibilité de différenciation ; cependant il a manqué, à l'endroit où son raisonnement touche à la question des fondements, l'idée selon laquelle la différence est interne à l'égalité, ce qui l'oblige à recourir, à un moment donné, à une justification extrinsèque à l'égalité et encore inaperçue chez lui, à savoir la nature du « réel » et « la nature du droit », tous deux amalgamés à l'idée de différence, de sorte que les deux arguments s'emboîtent l'un dans l'autre. L'affirmation surgit dans le passage théorique qui précède la présentation du contenu concret de l'obligation d'égalité⁴²⁰. Après avoir posé le caractère idéal d'une égalité absolue, et précisé que cette dernière ne devait pas être entièrement abandonnée, mais devait être dépassée par une « construction réaliste de l'égalité »⁴²¹, Olivier Jouanjan prend pour point de départ de cette construction réaliste le raisonnement suivant : « Le droit n'est jamais purement abstrait. Si les normes sont des effets, des actes de volonté, cette volonté ne plane pas dans les airs. Elle vise toujours, même dans la loi "générale" et "abstraite" des structures concrètes du réel. Or, le trait distinctif du réel, c'est son hétérogénéité, la diversité de ses structures. Ancré dans le réel, le droit ne peut méconnaître, par sa nature, cette hétérogénéité. Il doit dans une certaine mesure s'y adapter. À des situations différentes correspondront des normes différentes »⁴²². Mais alors, serait-ce la nature du droit, autrement dit son impératif d'effectivité (« les normes sont des effets »), ou bien la "nature" du réel, c'est-à-dire sa diversité (« le trait distinctif du réel, c'est son hétérogénéité ») qui obligerait à s'adapter à la spécificité d'une situation, c'est-à-dire imposerait qu'il y ait une correspondance objective entre les traitements et les situations⁴²³ ? Ne serait-ce donc pas l'égalité ? Nous récusons cette position selon laquelle un tel commandement proviendrait d'un propre du droit ou d'un propre du réel, amalgamés à l'idée de différence. Bien au contraire, il nous importe de dire qu'il provient précisément d'un propre de l'égalité, parce que la différence est une caractéristique propre à l'égalité.

⁴¹⁹ Car, en définitive, notre divergence avec O. Jouanjan n'est peut-être pas si profonde : en affirmant que le moment de la différenciation reste, à l'intérieur de l'égalité, irrémédiablement second par rapport au moment premier d'identification, l'idée de différence est chez nous une "contingence" interne, alors qu'elle est chez O. Jouanjan une "contingence" externe. Cette extériorité, nous allons le montrer, l'empêche de relier l'obligation d'objectivité au principe de non-discrimination, mais demeure sans conséquence sur la description de l'obligation de proportionnalité du principe d'égalité qui, sur ce deuxième point, est véritablement remarquable.

⁴²⁰ Le cœur théorique de l'ouvrage d'O. Jouanjan (*Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, op. cit.*) se situe indéniablement dans les pages 180 à 182.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 181.

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ O. Jouanjan ne semble viser dans son raisonnement que l'un des deux aspects. Mais quand bien même entendrait-il faire référence aux deux aspects de l'égalité, le problème se poserait alors avec encore plus d'acuité.

Le premier amalgame consiste à totalement assimiler l'idée de réel et celle de différence. Sur un plan purement méthodologique, d'abord, notre objection est la suivante : de la même manière que c'est bien au nom de l'égalité que l'on exige de traiter identiquement les situations semblables, c'est bien au nom du principe d'égalité, que l'on tire l'obligation de traiter différemment les situations dissemblables. Or, ce sont bien les deux hypothèses que le "droit" ne saurait méconnaître et, s'il ne peut le faire, c'est bien au nom du principe d'égalité et de l'obligation d'objectivité du traitement qui en découle. Ce n'est pas au nom du réel, ni même au nom du droit, qu'il y a obligation de coller au réel, à ses structures, c'est au nom de l'égalité. Nous l'avions déjà suggéré : si l'on fait procéder l'explication d'une telle obligation d'un autre élément que le principe d'égalité lui-même, comme la nature du droit ou du réel, il n'est alors méthodologiquement plus possible de pouvoir inférer l'exigence d'objectivité du principe général d'égalité lui-même.

Sur un plan plus fondamental ensuite, nous contestons en vérité la prémisse du raisonnement, selon laquelle le propre du réel serait la diversité. Le trait distinctif du réel n'est pas plus l'hétérogénéité que l'homogénéité. Ceci nous conduit à la remarque suivante : en présentant l'égalité (réaliste) comme le résultat d'une égalité idéale absolue (entendue comme identité) venant se "fracasser" sur la diversité du réel (entendue comme différence) afin, certes, de la niveler, la pensée d'Olivier Jouanjan est, dans une certaine mesure encore, par une sorte de retour du refoulé sans doute, marquée par la tradition classique, pour qui l'égalité signifie l'identité. Il l'a bien sûr quittée en ce sens que sa conception « ne signifie pas qu'elle interdirait les différenciations »⁴²⁴ ; il affirme même clairement à d'autres endroits qu'« une certaine obligation de différencier lui est inhérente »⁴²⁵. Cependant, lorsqu'il est amené à justifier cette possibilité d'une différenciation de traitement, il avance une explication qui fait soudainement appeler à des éléments extrinsèques à l'égalité et n'envisage pas de lui trouver une source au sein même de l'égalité.

Le second amalgame⁴²⁶ consiste à assimiler l'idée de droit et celle de différence. Olivier Jouanjan entend-il ici faire le simple constat qu'édicter du droit, légiférer, cela consiste à faire des distinctions entre les sujets de droits ? À cela nous répondons qu'un tel constat est réversible et que légiférer peut aussi consister à regrouper les sujets de droits, éventuellement même dans leur totalité. Or, du point de vue du principe d'égalité, il faut le redire, ce sont les deux actes d'association (identité) et de dissociation (différence) des sujets de droit qui doivent rendre des comptes à l'égard du principe d'égalité. À moins qu'Olivier Jouanjan ait entendu établir le subtil constat qu'appliquer du droit, le concrétiser, cela consiste à aller vers des effets dissemblables (différence) en raison du caractère d'abord formel d'un

⁴²⁴ O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, p. 181.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 223.

⁴²⁶ L'argument de la "nature du droit" peut paraître un peu plus satisfaisant et plus conforme à la logique juridique dans la mesure où il ne place pas l'origine de l'impératif dans le réel, mais le situe, dans le droit (précisément), mais reste décevant puisque le terme "droit" est entendu en tant que paradigme général.

texte de droit (« la loi “générale” et “abstraite” ») par rapport à ses effets réels lors de son application (« ancré dans le réel »), en ce sens qu’il peut exister une distorsion entre l’énoncé d’une règle et ses effets concrets⁴²⁷ (« Ce n’est que dans le processus de concrétisation du droit que peut et doit jouer l’égalité par la différenciation : la différenciation des situations et traitements juridiques étant liée à cette dynamique de la concrétisation, de l’individualisation de l’ordre juridique »⁴²⁸). À cela nous répondons que le constat est, là également, réversible : d’une part, parce que les effets de l’application d’un texte peuvent tout aussi possiblement correspondre à l’intention littérale du texte et, d’autre part, parce que la distorsion peut tout autant consister à aller vers des effets semblables (identité). Du point de vue du principe d’égalité et de toutes les manières, à nouveau, ce sont les deux hypothèses, appréciées alors matériellement, de l’effet similaire (identité) et de l’effet dissimilaire (différence), quelle que soit l’intention initiale du texte (de différence ou d’identité de traitement)⁴²⁹, qui doivent répondre aux exigences du principe d’égalité. De la sorte, la question de la nature du droit, c’est-à-dire le problème du rapport texte/réalité (un texte unique a vocation à s’appliquer à une pluralité d’individus) et plus exactement la question du lieu du contrôle d’égalité, laisse intacte la question de la nature de l’égalité c’est-à-dire le problème du rapport individu/individu (l’égalité caractérise la nature de la relation des individus entre eux) et plus précisément encore la question du statut de la différence au sein de l’égalité. Si l’insuffisance que nous pointons chez cet auteur est avant tout d’ordre méthodologique, celle-ci laisse apparaître que la question du statut de la différence dans la théorie d’Olivier Jouanjan reste incertaine⁴³⁰.

⁴²⁷ Ainsi un texte de droit énonçant un traitement identique peut éventuellement déboucher sur des effets différents, soit parce que tout acte d’application comporte une marge de discrétion pour l’organe d’application, soit parce que l’individu se trouve indirectement, d’un autre point de vue, dans une situation différente.

⁴²⁸ O. Jouanjan, *Le principe d’égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, p. 171.

⁴²⁹ 1/ Un traitement différent dans les faits peut ainsi être le résultat d’une intention de différence de traitement dans le texte (hypothèse simple), ou bien le résultat d’une intention d’identité de traitement dans le texte car le destinataire de la règle se trouve dans une situation différente dans les faits (hypothèse complexe). 2/ Un traitement identique dans les faits peut ainsi être le résultat d’une intention d’identité de traitement dans le texte (hypothèse simple), mais aussi, pourquoi pas, d’une intention de différence de traitement dans le texte car l’individu se trouve dans les faits dans une situation différente (hypothèse complexe).

⁴³⁰ Si la question du statut de la différence au sein de l’égalité reste entière, le statut de l’identité dans la théorie d’O. Jouanjan devient, à un moment donné de sa démonstration, également problématique lorsque, par un retour du refoulé, il va jusqu’à amalgamer identité et différence. Cet amalgame a lieu lorsqu’il utilise, de façon sophistiquée, la métaphore suivante : « Différence comme identité sont des concepts d’ordre verticaux : ils isolent les catégories du réel. L’égalité est un concept d’ordre horizontal : les différentes catégories doivent être placées sur un même plan » (*op. cit.*, p. 181). Nous n’accédons pas du tout à l’affirmation selon laquelle l’identité de traitement (même “partielle” ou intra-catégorielle, en tant qu’elle ne concerne qu’une partie de la classe universelle) relève – si l’on prend sa métaphore au sérieux – de la verticalité au même titre que la différence de traitement (par définition “partielle” ou inter-catégorielle) : c’est là, rigoureusement parlant, une impossibilité logique ! L’identité de traitement est toujours un concept d’ordre horizontal (qui peut éventuellement nier la singularité d’une situation qui est, elle, d’ordre vertical). Si l’on veut rendre compte métaphoriquement du principe d’égalité d’un point de vue universel, il faut admettre que l’égalité est géométriquement un concept qui commence horizontalement (identité pour la totalité de la classe universelle) et finit obliquement (dès lors que cette classe est fractionnée), sa pente restant toujours plus proche de l’horizontalité que de la verticalité. Nous aurons un peu plus loin l’occasion de proposer une métaphore en rapport avec la présente description.

D'une manière générale, à présent, nous voulons souligner qu'aussi longtemps que la doctrine fera procéder la différence d'un élément extérieur à l'égalité, elle se condamne à ne pas pouvoir justifier rationnellement du fait incontesté que l'impératif d'objectivité procède, quant à lui, du principe d'égalité. En laissant la différence en dehors de l'égalité, elle se prive d'un élément important de sa compréhension telle qu'elle est réellement appliquée par les tribunaux. Cette position ne nous paraît plus tenable, tant du point de vue de la logique juridique, si la définition jurisprudentielle du principe de non-discrimination est ce qu'elle est, que de son fondement philosophique, si l'on veut donner un cadre théorique au tournant contemporain de l'égalité. Si l'exigence d'objectivité est un réquisit interne à l'égalité, c'est parce que la différence est elle-même interne à l'égalité, tout en demeurant irrémédiablement seconde par rapport à l'identité première, ce qui implique qu'elle reste, en son sein, dans une proportion raisonnable.

§ 2. La raisonnabilité ou la non-disproportion comparée du traitement

Le principe d'égalité exige qu'un traitement repose sur une justification (comparativement) raisonnable ou proportionnée. Pourquoi cette obligation de raisonnabilité ou de proportionnalité comparée ? La mise en perspective dialectique permet ici, de nouveau, de comprendre la signification de cette seconde exigence. Celle-ci n'apparaît spéculativement qu'au troisième et dernier moment de l'égalité : elle est la traduction de la priorité irrévocable, au sein de l'égalité, de l'identité de tous sur la particularité de chacun. À l'intérieur de l'égalité, la différence n'est acceptée qu'à condition de rester dans une proportion qui reste raisonnable du fait de la prévalence de l'identité sur la différence. "Raisonné" signifie que l'argument dialectiquement second de la particularité, autrement dit "l'écart" que ce respect de la différence autorise au regard de l'identité universelle première, n'est accepté que dans la seule mesure où il reste dans une proportion raisonnable. L'allégation d'une différence de situation n'est donc jamais illimitée, elle est toujours contenue, retenue, rabattue par l'antériorité logique de l'identité sur la particularité, qui trouve sa traduction pratique dans l'exigence du respect d'une proportionnalité.

Comme l'affirme Olivier Jouanjan : « Universelle, l'égalité implique que tout individu, titulaire du droit à l'égalité de traitement, *quelle que soit la catégorie légale ou réglementaire à laquelle il appartient*, doit être également traité par comparaison avec tous les autres individus, *quelles que soient les catégories légales ou réglementaires auxquelles ils appartiennent* »⁴³¹. « L'égalité, en tant que droit de l'individu, est nécessairement transcatégorielle »⁴³². « Le principe général d'égalité impose un équilibre entre les différents

⁴³¹ O. Jouanjan, « Réflexions... », *op. cit.*, p. 137.

⁴³² O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, p. 180.

traitements »⁴³³. C'est parce que l'égalité est abstraitement transcategorielle sur un plan universel qu'elle exige du droit positif une égalité non seulement intra-catégorielle, dans le cadre d'une identité de traitement pour les situations qui sont semblables, mais aussi inter-catégorielle, dans le cadre d'une différence raisonnable de traitement pour les situations qui sont dissemblables. Le principe de non-discrimination exige de comparer les traitements respectivement appliqués à chaque individu, afin de déterminer s'ils ne sont pas à l'origine d'écarts disproportionnés entre les libertés de chacun. Un ordre juridique respecte un état d'égalité entre les sujets de droit qui le composent, lorsqu'il n'existe entre eux aucun écart de liberté ou lorsque cet écart reste dans une proportion raisonnable. Le principe général d'égalité maintient les sujets de droit dans un équilibre universel. Discriminer, c'est rompre cet équilibre. La non-discrimination n'est donc rien d'autre que le respect de cet équilibre.

Tout comme l'obligation précédente d'objectivité, l'obligation de proportionnalité s'apprécie comparativement. Cette remarque est d'autant plus importante que l'exigence de proportionnalité en matière d'égalité se distingue de celle qui se pratique en matière de liberté, c'est-à-dire lorsqu'il est question d'apprécier la proportionnalité d'une restriction à une liberté, comme c'est le cas en application du deuxième paragraphe des articles 8 à 12 de la Convention européenne. Ce qui distingue les deux hypothèses, c'est justement le fait que la proportionnalité issue du principe de non-discrimination est une « proportionnalité comparée », suivant une terminologie que nous empruntons à Olivier Jouanjan⁴³⁴. Ce point, qui nous semble absolument fondamental, n'a pas suffisamment été relevé, hormis chez cet auteur, mais sans qu'il s'y attarde cependant. La question mérite en conséquence quelques développements.

Dans le domaine d'un droit subjectif à une liberté, quelle qu'elle soit, la proportionnalité découle de la conciliation entre la liberté en question (ou, pour le dire de façon plus neutre, un intérêt juridique quelconque) d'une part, et d'autre part un intérêt autre, éventuellement une autre liberté, avec qui elle ou il entre en contradiction. Dans un tel cas de figure, la logique qui est à l'œuvre est celle d'une liberté d'un individu *contre* un intérêt tiers, un intérêt *contre* un autre, une liberté *contre* une autre⁴³⁵. La proportionnalité dont il s'agit ici porte sur la question de savoir si une ingérence n'est pas *en elle-même* trop intense, si elle ne réduit pas trop la liberté de l'individu *considéré isolément*⁴³⁶. En ce sens, la proportionnalité exigée dans les articles 8 à 12 peut être qualifiée de "proportionnalité solipsiste", par contraste

⁴³³ *Ibid.*, p. 181.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 275.

⁴³⁵ Voir par exemple : CourEDH, *Ezelin c. France*, 26 avril 1991, § 51.

⁴³⁶ Bien sûr, pour apprécier si une restriction n'est pas en elle-même trop intense, le juge peut parfois – mais parfois seulement – être amené à la comparer à celle que subissent d'autres personnes, tant il est quelquefois difficile d'apprécier la sévérité d'une mesure en elle-même, en dehors de toute référence connexe (et dans la mesure où, à l'échelle humaine, il n'existe de toute façon pas de réalité en soi et pour soi). Cependant, la comparaison n'est, dans cette hypothèse-là, pas une nécessité structurelle impliquée par la norme elle-même : elle est accessoire, son caractère épisodique le prouve.

avec la “proportionnalité comparatiste” issue du principe de non-discrimination de l’article 14 de la Convention ou de l’article 1 du Protocole n° 12.

Dans le domaine d’un droit subjectif à l’égalité, la logique structurant le contrôle est en effet tout autre. Elle n’a pas du tout pour objet de concilier une liberté avec un intérêt opposé ou une autre liberté. Tout au contraire, elle vise à comparer une seule et même liberté (ou intérêt juridique) dans le chef respectif de plusieurs situations individuelles. Dans ce cas de figure, la logique qui est à l’œuvre est celle d’une mise en parallèle d’une liberté (ou d’un intérêt juridique quelconque) chez un individu avec la même et unique liberté (ou intérêt juridique) chez un autre individu. La proportionnalité dont il est ici question est une proportionnalité comparée, en ce sens qu’elle consiste à vérifier si l’écart entre la “quantité” d’une liberté accordée à une personne et celle accordée à une autre personne n’est pas disproportionnée, en d’autres termes s’il demeure dans une proportion raisonnable. Il est important d’y insister : il s’agit, ici, de comparer une seule et même liberté dans le chef respectif de plusieurs situations individuelles, afin de déterminer s’il n’existe pas un écart disproportionné entre la liberté des uns par rapport à celle des autres. C’est ainsi qu’il faut comprendre la référence au principe de proportionnalité dans la définition du principe de non-discrimination.

À ce sujet, nous voudrions, là aussi, émettre, à l’encontre de la présentation proposée par Olivier Jouanjan, une légère réserve, ou plutôt apporter une précision. Les développements qu’il consacre à cette question de la proportionnalité sont, en effet, marqués par l’hésitation suivante : tantôt il avance l’idée selon laquelle si l’égalité oblige le législateur à maintenir un certain équilibre entre les catégories, « cela implique que chaque traitement légal imposé à chaque catégorie soit proportionné *aux situations réelles* dans lesquelles se trouvent ces catégories »⁴³⁷ ; tantôt il affirme que les traitements « doivent respecter une certaine proportionnalité *entre les catégories* »⁴³⁸.

Si nous acquiesçons à la seconde affirmation, nous réfutons la première. En matière d’égalité, la mise en rapport du traitement avec la réalité ne découle pas tant de l’exigence de proportionnalité que de celle d’objectivité. Le réquisit d’une adéquation suffisante avec le réel renvoie à la première étape du processus de concrétisation du principe d’égalité. La seconde étape, qui est celle de la proportionnalité comparée, ne met plus tant les traitements juridiques en rapport avec la réalité, mais elle met les diverses positions juridiques en rapport entre elles. Voilà pourquoi il faut, à nos yeux, ne retenir que la proposition, qui parle de « proportionnalité entre les catégories ». De plus, en soutenant que le principe d’égalité implique que « chaque traitement soit proportionné aux situations réelles », l’auteur fait, bien involontairement, naître un risque : celui de faire du réel la seule mesure du respect, par un

⁴³⁷ O. Jouanjan, *Le principe d’égalité devant la loi en droit allemand*, op. cit., p. 275 (l’italique est de notre fait).

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 276 (l’italique est de notre fait).

traitement légal, du principe de non-discrimination, en réduisant à néant la place de la volition dans l'action législative⁴³⁹.

Jusque-là, nous nous sommes contentés de poser l'idée que les traitements d'un ordre juridique devaient rester dans un certain équilibre, sans nous préoccuper du contenu de ces traitements⁴⁴⁰. Nous aimerions affiner cette description, en démontrant que la rigueur de l'équilibre exigé change suivant la teneur des traitements.

⁴³⁹ Sous l'angle du réquisit d'objectivité, le législateur ne doit pas entièrement coller au réel, il rompt l'égalité uniquement lorsque les traitements ne sont pas dans une adéquation suffisante avec la réalité.

⁴⁴⁰ Hormis le contenu lié à l'instant fondateur de l'égalité, durant lequel il est incontournable de poser un contenu : la reconnaissance de la personnalité humaine (voir *infra* p. 146). Cet argument donne d'ailleurs tort à ceux qui soutiennent que le principe d'égalité est un principe entièrement vide. Il possède au moins un socle inaltérable, un noyau dur intangible, un contenu concret directement applicable : la reconnaissance à l'universalité des individus d'un ordre juridique de la qualité de personne humaine.

Chapitre 2. L'unité systémique du principe d'égalité

Si la logique de la non-discrimination demeure invariable (section 1), la rigueur de la non-discrimination, est, quant à elle, variable (section 2).

Section 1. L'invariabilité de la logique d'égalité : la nature du rapport d'égalité est immuable

Il existe bien une et une seule définition de l'égalité, laquelle contient invariablement deux assignations, un rapport d'objectivité et un rapport de proportionnalité comparées.

Le principe général d'égalité commande, d'une part, de traiter de façon identique les situations semblables (*l'impératif d'objectivité comparée* est satisfait), ce qui implique par définition que le traitement est raisonnable ou proportionné puisqu'il n'a pas pour effet de créer un écart de liberté entre les personnes concernées (*l'impératif de proportionnalité comparée* est satisfait *per se*). Il ordonne, d'autre part, de traiter de façon différente les situations dissemblables (*l'impératif d'objectivité comparée* est satisfait), à condition que cette différence de traitement reste dans une proportion raisonnable c'est-à-dire qu'elle n'ait pas pour effet de créer un écart disproportionné de liberté entre les personnes concernées (*l'impératif de proportionnalité comparée* est alors satisfait)⁴⁴¹.

Cette dernière condition, si elle n'est pas explicitement spécifiée, doit obligatoirement être sous-entendue, faute de quoi la définition du principe d'égalité, "traitement identique pour des situations semblables et traitement différent pour des situations dissemblables", largement répandue dans la doctrine, resterait inévitablement aporétique, puisque différence et identité seraient sur un même plan ; l'égalité pourrait alors signifier une chose et son

⁴⁴¹ Il n'est sans doute pas inutile d'insister sur cette définition que l'on peut légèrement reformuler ainsi : le principe général d'égalité prescrit d'un côté le traitement identique des situations semblables, ce qui remplit l'obligation d'objectivité comparée et ce qui sous-entend – sans que cela ait besoin d'être spécifié – que l'obligation de proportionnalité comparée est, par elle-même, satisfaite ; le principe général d'égalité prescrit d'un autre côté le traitement différent de situations dissemblables, ce qui remplit l'obligation d'objectivité comparée et ne satisfait à l'obligation de proportionnalité comparée *qu'à condition de sous-entendre* que cette différence de traitement reste dans une proportion raisonnable.

contraire⁴⁴² et resterait donc bloquée dans une indépassable antinomie, inconciliable avec son caractère normatif.

Si nous n'avons certes pas la prétention de supprimer intégralement et définitivement le paradoxe intrinsèque à l'égalité, il est du devoir du discours philosophique et juridique de le réduire, autant qu'il lui est possible, et de ne pas laisser perdurer une aussi grave indétermination théorique.

D'une part, parce que le discours juridique s'inscrit, à l'instar du discours philosophique, dans une « prétention à la rectitude »⁴⁴³ (le terme "droit" l'indique d'ailleurs très bien), qui requiert de tendre vers une unité de sens, une signification raisonnable, une constance de direction, sauf à tomber dans un complet décisionnisme. Elle ne saurait donc être compatible, par définition, avec une pure antinomie (le terme "anti/nomie" est d'ailleurs, là aussi, parlant, si on l'entend comme ce qui va contre l'idée de norme, ce qui ne peut pas constituer une norme).

D'autre part, parce que le concept d'égalité tend, lui aussi, vers une unité de sens, sauf à abdiquer la revendication de toute signification, philosophique ou juridique. Si l'égalité n'est pas coincée dans une insurmontable contradiction, c'est en raison de la priorité du postulat d'identité sur la postulat de singularité au sein de l'égalité, qui lui permet de conserver une unité de signification, une cohérence générale.

Pour comprendre au mieux la nature du principe d'égalité, il est utile de prendre un exemple de contrôle de conformité au principe d'égalité. Admettons, de façon volontairement simpliste, qu'un ordre juridique comporte en tout et pour tout deux personnes (A et B) et soit le lieu de deux traitements successifs, l'un consistant à traiter A et B identiquement, l'autre à traiter A et B différemment. Nous avons déjà eu l'occasion de le dire, l'obligation liminaire et permanente du principe d'égalité, purement formelle, est l'obligation de comparer. Cette comparaison doit déboucher sur les deux constats d'objectivité et de proportionnalité.

Envisageons d'abord le cas où A et B feraient l'objet d'un traitement différent. Le contenu de ce traitement importe peu, admettons qu'il s'agisse d'un intérêt juridique quelconque, droit ou obligation, à moins que l'on ne préfère se rapprocher de la problématique des droits de l'homme, et l'on admettra alors qu'il s'agit d'une liberté juridique

⁴⁴² Ainsi énoncé, sans autre précision, le principe de non-discrimination peut notamment être lu comme un pur et véritable principe de différence (et non pas une différence endiguée). Or, ceci n'a presque pas du tout été relevé par la doctrine.

⁴⁴³ « La prétention à la rectitude d'un argument juridique ne diffère en rien de celle de tout discours normatif [...] Si l'argumentation juridique n'avait pas pour horizon le discours normatif général visant à la rectitude, aucun sens ne pourrait être donné à l'idée d'argumenter rationnellement » ; P. Ricœur, « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », in P. Amssek, (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 186.

quelle qu'elle soit. La comparaison consiste, dans un premier temps, à vérifier si, dans notre exemple, A et B sont effectivement dans une situation qui est réellement différente ; en ce sens, le principe d'égalité exige qu'un traitement repose sur une "justification" (comparativement) objective. La comparaison consiste, dans un second temps, à vérifier si, toujours dans notre exemple, l'écart entre la liberté juridique de A et celle de B demeure dans une proportion raisonnable ; en ce sens, le principe d'égalité exige qu'un traitement repose sur une "justification" (comparativement) raisonnable ou non-disproportionnée. Un traitement qui ne satisfait pas à ces deux exigences d'objectivité et de proportionnalité comparées rompt l'égalité : il doit alors être qualifié de discrimination ou d'inégalité de traitement.

Envisageons maintenant le cas où A et B se verraient administrer un traitement identique. Là également, la comparaison doit déboucher sur les constats d'objectivité et de proportionnalité comparées. La comparaison consiste, dans un premier temps, à vérifier si, dans notre exemple, A et B sont effectivement dans une situation qui est réellement similaire ; autrement dit, le principe d'égalité exige qu'un traitement repose sur une justification (comparativement) objective. Si tel est le cas, le contrôle peut s'arrêter là. Nous l'avons suggéré auparavant, la question de savoir s'il existe un écart disproportionné de liberté (ou d'intérêt) entre les destinataires du traitement ne se pose pas, puisque par définition cet écart n'existe pas, dans la mesure où le traitement identique de situations similaires a logiquement pour résultat de produire les mêmes effets à l'égard des destinataires du traitement. En revanche, le contrôle se poursuit s'il est constaté que A et B ne sont pas dans une situation analogue⁴⁴⁴, puisque le traitement identique de situations dissimilaires a indirectement pour résultat de produire des effets distincts à l'égard des destinataires du traitement⁴⁴⁵. La comparaison consiste donc, dans un second temps, à vérifier si l'écart entre la liberté juridique de A et celle de B demeure dans une proportion raisonnable. Tout comme auparavant, et bien que cela apparaisse au premier abord comme contre-intuitif, il s'agit de contrôler une différence de traitement⁴⁴⁶. Celle-ci a simplement pour caractéristique d'être indirectement le résultat d'un traitement directement identique, puisque nous l'avons dit, l'ignorance d'une dissemblance de situations peut aboutir à ce qu'un traitement identique produise indirectement, chez A et chez B, des effets différents. Le contrôle a ici pour objet d'apprécier l'ampleur, le caractère considérable ou disproportionné de la différence de traitement, qui

⁴⁴⁴ Rappelons que c'est parce qu'il existe un deuxième moment imposant le respect de la singularité que l'exigence d'objectivité d'un traitement peut remettre en cause la validité d'un traitement identique qui ne serait pas en correspondance avec une spécificité réelle de situation.

⁴⁴⁵ Le contrôle opéré sur le traitement identique se distingue de l'hypothèse précédente dans la mesure où le passage à l'étape ultérieure du contrôle n'a lieu que si le traitement identique (de A et B) a pour résultat, par méconnaissance d'une dissemblance (importante) de situation (entre A et B), de produire - de façon indirecte - des effets distincts dont il conviendra d'apprécier s'ils sont comparativement disproportionnés (entre A et B).

⁴⁴⁶ Il nous semble que la précellence de la perspective d'identité sur celle de la différence au sein du principe d'égalité rend compréhensible qu'un traitement (directement c'est-à-dire textuellement) identique puisse être "regardé" comme étant en réalité un traitement (ayant indirectement, c'est-à-dire ayant un effet) différent. Autrement dit, au regard du principe d'égalité, l'identité de traitement n'est prohibée que si elle a pour effet d'aboutir à une discrimination indirecte.

n'est acceptée qu'à condition de demeurer dans une proportion qui reste raisonnable ; comme précédemment, le principe d'égalité exige qu'un traitement repose sur une justification (comparativement) raisonnable ou proportionnée.

Pour résumer, le principe d'égalité a pour objet, selon les circonstances de similitude ou de dissimilitude de situation, soit de supprimer tout écart de liberté entre les sujets de droit, soit de maintenir un écart raisonnable de liberté entre eux. Envisagé de manière panoptique, c'est-à-dire appliqué à l'intégralité de son champ d'application, en d'autres termes à la totalité des traitements d'un ordre juridique, le principe d'égalité a pour résultat d'enserrer les sujets de droit dans un équilibre universel. Il faut maintenant préciser que la rigueur de cet équilibre n'est pas uniformément la même et qu'elle varie selon le contenu des traitements.

Section 2. La variabilité de la rigueur de l'égalité : la rigueur du rapport d'égalité peut changer

Le principe d'égalité forme en effet un système, un ensemble hiérarchisé et organisé selon un sens, une orientation générale. Le système égalitaire peut ainsi être décrit, soit comme un "cône" (que l'on peut imaginer couché)⁴⁴⁷, soit, si l'on préfère, comme une sorte de "triangle". Quel que soit la figure géométrique retenue, l'idée qui est à l'origine de la représentation métaphorique proposée reste la même : il s'agit d'imaginer que l'extrémité du système égalitaire correspond au commencement du principe d'égalité⁴⁴⁸, là où l'égalité est absolue et se confond avec l'idée d'identité universelle impliquant un traitement unique,

⁴⁴⁷ Nous avons choisi la métaphore du cône en raison du fait qu'elle traduit parfaitement la double présence de l'idée de l'identité et de la différence, mais aussi et surtout parce qu'elle figure la permanence et la priorité de la première sur la seconde tout au long du cône égalitaire. (1) En effet, celui-ci se compose, pour ainsi dire, d'une pluralité de disques qui deviennent de plus en plus grands et qui sont autant de traitements différents les uns par rapports aux autres (traitement différent pour situations dissemblables). Cependant également, pour chaque cercle : tous les points (ces points représentent les individus à l'intérieur d'une catégorie légale) sont à équidistance du centre du disque (traitement identique pour situations semblables). (2) Plus encore, pour tous les cercles du cône : diamètre et circonférence entretiennent le même rapport (permanence et priorité de l'idée d'identité sur l'idée de différence ; ainsi la qualité de personne humaine qui fonde l'égalité est constante tout au long du cône égalitaire). Nous préférons le concevoir "couché" car la droite formée par le centre de tous les disques constituant ce cône est à l'horizontale ; et dès lors que l'égalité va tendanciellement vers l'identité, il est plus naturel d'imaginer que l'identité de traitement est d'ordre horizontal et que la différence de traitement est d'ordre vertical. Il est donc plus naturel d'imaginer que l'obligation d'égalité exerce une force qui tend, de façon générale, à réduire le rapport de verticalité, à réduire la différence, à rabattre les individus sur un même plan (ou à les ramener à l'intérieur d'un cercle) mais pas de façon absolue puisque l'égalité accepte la différence à condition d'être comparativement objective et raisonnable (cette acceptation de la différence raisonnable se traduit dans le fait que - par définition - le cône s'élargit, mais pas de façon illimitée ; il a d'ailleurs une fin).

⁴⁴⁸ Et en ce sens, il n'est pas encore l'égalité, il est justement l'identité.

rigoureusement identique de la totalité de la classe des individus⁴⁴⁹. Il est l'endroit de la signification fondatrice du principe d'égalité, celui qui établit la reconnaissance universelle de la personne humaine. Nous avons déjà décrit comment cette détermination première conditionne ensuite l'ensemble du principe d'égalité, en ce sens que les traitements distinctifs qui peuvent apparaître aux "échelons" ultérieurs du système formé par le principe d'égalité, sont, pour ainsi dire, contraints de rester dans une proportion ou un écart raisonnable. Nous aimerions, à ce stade, affiner cette description en indiquant que l'ampleur de l'écart n'est pas uniformément le même à l'intérieur du système.

En imaginant que le système égalitaire forme un *cône*, l'idée régulatrice du système est la suivante : plus on s'éloigne de l'extrémité de ce cône, plus on s'éloigne également du modèle du traitement identique pour tous, plus le principe d'égalité admet la possibilité du traitement distinctif.

Inversement, à mesure que l'on se rapproche de la pointe de ce cône, l'égalité accepte de moins en moins l'éventualité d'un traitement différent et réclame des justifications proportionnellement plus fortes à son soutien. Plus on est proche de l'extrémité du cône, plus on touche à la sphère qui met en jeu la Liberté ou Dignité humaine⁴⁵⁰ et plus il devient difficile d'introduire des distinctions. Plus un traitement engage la Liberté humaine, plus l'égalité se rapproche de son idéal régulateur premier, celui du traitement identique de tous ; moins elle accepte des traitements distincts. Lorsque le contenu du traitement touche au domaine des libertés les plus fondamentales⁴⁵¹, ou aux « libertés de base », pour le dire à la manière de John Rawls⁴⁵², on se situe globalement vers l'extrémité du cône égalitaire ; c'est

⁴⁴⁹ Ce qui signifie que les individus sont interchangeable, donc réductibles en une seule unité, et donc géométriquement en un seul point du plan.

⁴⁵⁰ On peut rapprocher cette présentation avec l'interprétation, par le juge constitutionnel allemand, de la Loi fondamentale allemande comme un système de valeurs, dont les plus importantes sont : la dignité, le libre développement et l'égalité devant la loi. Sur ce point : O. Jouanjan., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, op. cit.*, pp. 169-171 ; comme le fait remarquer cet auteur, « l'égalité vient compléter les deux autres valeurs fondamentales en universalisant leurs contenus : l'égalité consiste en premier lieu à reconnaître à tous la même dignité et la même liberté » (p. 170).

⁴⁵¹ Sur la question de l'intangibilité de certaines droits : F. Sudre, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ? », in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1995, pp. 381-398 ; D. Breillat, « La hiérarchie des droits de l'homme », in *Mélanges Philippe Ardant – Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 353-372 ; sur le droit à ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants : J. Callewaert, « L'article 3 de la Convention européenne : une norme relativement absolue ou absolument relative ? », in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1995, pp. 13-27.

⁴⁵² « Parmi elles, les plus importantes sont les libertés politiques (droit de vote et d'occuper un poste public), la liberté d'expression, de réunion, la liberté de pensée et de conscience ; la liberté de la personne qui comporte la protection à l'égard de l'oppression psychologique et de l'agression physique (intégrité de la personne) ; le droit de propriété personnelle et la protection à l'égard de l'arrestation et de l'emprisonnement arbitraires, tels qu'ils sont définis par le concept de l'autorité de la loi » ; J. Rawls, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, p. 92. À ce sujet, voir : B. Guillaume, *Rawls et l'égalité démocratique*, Paris, PUF, 1999, pp. 148-153 ; ou bien S. Wuhl, *L'égalité. Nouveaux débats – Rawls et Walzer : les principes face aux pratiques*, Paris, PUF, 2002, pp. 78-83.

pourquoi le contrôle exercé par la Cour européenne dans le domaine couvert par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme est dans l'ensemble plutôt strict.

Dans le même temps aussi, plus un traitement engage la Liberté humaine, plus l'égalité se rapproche aussi de son idéal régulateur second, celui des "traitements singularisés pour chaque individu". En d'autres termes, plus un traitement engage la Liberté humaine, et plus l'égalité exige que ces éventuelles différences de traitement coïncident avec des différences de situations singulières⁴⁵³. Autrement dit, plus les libertés en jeu sont fondamentales, moins l'égalité autorise – si des distinctions sont faites – que ces différenciations puissent se faire sur la base d'une appartenance groupale ; et plus l'égalité requiert – si des distinctions groupales sont faites – que ces différenciations, d'une part, répondent à des différences de situation particulièrement marquées et, d'autre part, correspondent à des différences de situation qui se vérifient strictement chez chacun des membres du groupe : la différence caractérisant le groupe doit pouvoir être à chaque fois constatée au niveau singulier de chacun de ses membres. Plus l'intérêt en cause est un intérêt fondamental, plus la différence de situation doit être marquée ; dans le même temps, plus l'intérêt en cause est un intérêt fondamental, moins la différence de traitement pourra, quant à elle, être marquée.

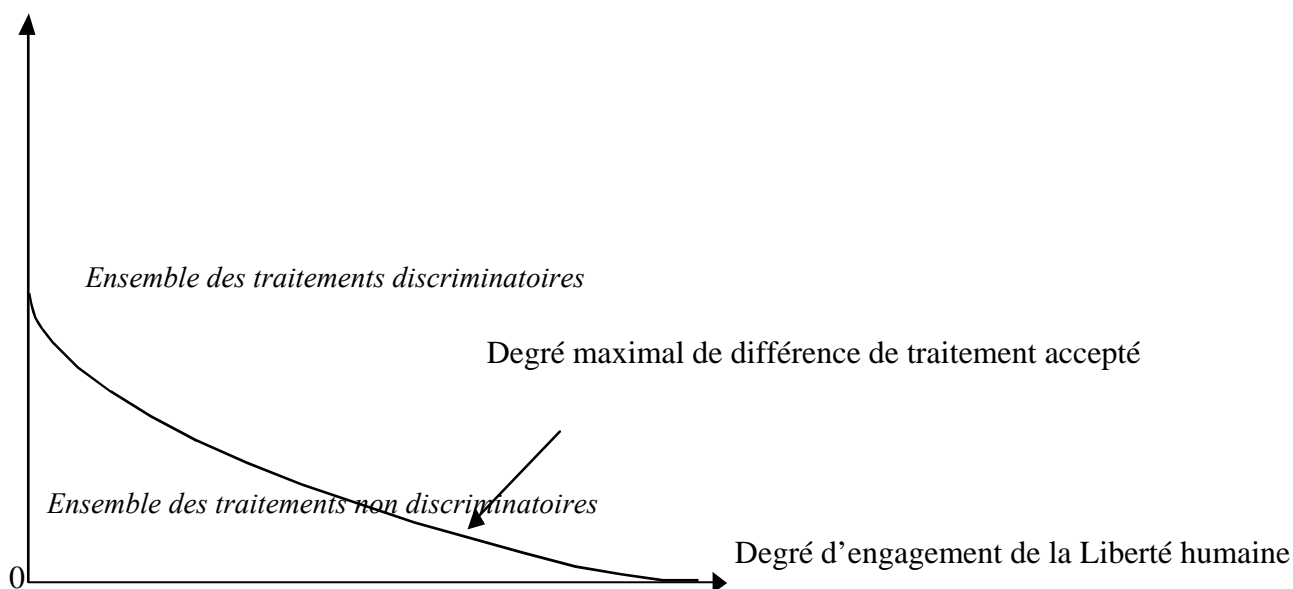
En revanche, plus on s'en éloigne de la pointe du cône égalitaire, plus il est facile d'opérer des traitements différents des sujets de droit ; plus la différence de traitement peut être grande et plus l'exigence de singularité peut être lâche.

Le système égalitaire peut – si l'on préfère, et de façon peut-être plus exacte – être imaginé comme une courbe délimitant un espace dont la forme générale s'approche plus ou moins d'un "triangle rectangle". Formulé de manière plus rigoureuse, nous voudrions ici proposer une représentation graphique du principe d'égalité qui se présente comme suit.

⁴⁵³ La notion de différence singulière doit ici être entendue comme une différence qui est marquée (ou forte) et une différence qui se situe à un niveau monadique (c'est-à-dire individuel).

Représentation graphique du système d'égalité

Degré de différence de traitement



Supposons que chaque intérêt juridique puisse être caractérisé par deux paramètres : le premier mesurant le degré d'engagement ou de mise en jeu de la Liberté humaine (ou de la Dignité humaine) ; le second mesurant le degré de différence de traitement observé à propos de l'intérêt juridique en question. L'ensemble des intérêts juridiques pourrait alors être représenté sous la forme d'un nuage de points dans un repère mesurant le degré d'engagement de la Liberté humaine, en abscisse, et le degré de différence de traitement, en ordonnée. Dans ce repère, le principe d'égalité consiste à associer à chaque degré d'engagement de la Liberté humaine un niveau de différence maximum de traitement accepté. Notre théorie implique que le degré de différence maximum de traitement toléré diminue lorsque le degré d'engagement de la Liberté humaine augmente. L'ensemble des degrés maximum de différence de traitement accepté peut-être représenté par une courbe décroissante dans le repère que nous avons défini. La courbe sépare le plan en deux ensembles. L'ensemble des intérêts juridiques bénéficiant d'un traitement non discriminatoire est représenté par la surface comprise sous la courbe (courbe incluse), puisqu'il s'agit de l'ensemble des intérêts juridiques dont le degré de différence de traitement observé est inférieur ou égal au niveau maximum de différence de traitement accepté. L'ensemble des intérêts juridiques correspondant à un traitement discriminatoire est alors représenté par la surface située au-dessus de la courbe (courbe exclue), puisqu'il s'agit de l'ensemble des intérêts juridiques dont le degré de différence de traitement observé est strictement supérieur au niveau maximum de différence de traitement accepté.

Cette courbe “débute”, à l’une de ses extrémités, par le point où il n’existe aucune différence de traitement : c’est le lieu du commencement de l’égalité, au propre comme au figuré, celui qui exige le traitement identique pour tous, sans exception aucune ; à cet endroit, l’égalité porte sur des objets qui sont cruciaux pour la Liberté ou la Dignité humaine, comme par exemple la reconnaissance de la personnalité humaine ou de l’interdiction de la torture, des peines et traitements inhumains ou dégradants. La courbe “finit”, à son autre extrémité, par le point qui incarne le lieu où la possibilité d’opérer des distinctions est la plus aisée et où les écarts entre les positions juridiques des uns et des autres peuvent être d’une assez grande amplitude, sans être, pour autant, jamais disproportionnés ; cette situation s’explique par le fait qu’à cet endroit, l’égalité porte sur des intérêts juridiques plus “anodins” pour la définition de la notion de personne en tant que sujet.

Sans doute, cette représentation demeure-t-elle globalement abstraite et des nuances considérables doivent-elles être opérées selon la liberté précisément en question, selon le domaine social exactement concerné ou selon le critère de catégorisation. Cependant, elle est d’une formidable utilité pour comprendre le principe d’égalité dans sa généralité. Elle sera, par exemple, d’une aide précieuse lorsqu’il s’agira appréhender le phénomène de la discrimination positive. En bref, le principe d’égalité forme un système dans lequel la différence est variablement présente selon que le traitement mis en balance dans la pesée égalitaire engage plus ou moins directement la Liberté ou la Dignité humaine. La variabilité du statut de la différence au sein de l’égalité constitue donc la clé de la compréhension du principe ou système d’égalité.

Conclusion du titre 2. Conclusion sur le fondement théorique du principe d'égalité

En définitive, l'égalité se définit comme le dépassement dialectique du postulat de l'uniformité de tous par celui de la singularité de chacun. Elle est le dépassement dialectique de l'idée selon laquelle tous les hommes sont identiques par l'idée selon laquelle ils sont tous différents. On peut donc, si on le souhaite, désigner cette égalité comme une *égalité dialectique*, ou comme une *égalité complexe* (sachant que cette dernière expression est déjà utilisée par Michael Walzer dans un sens tout différent, en référence à sa théorie des « sphères de justice »).

Dans la mesure où elle résout le paradoxe interne à l'égalité, cette théorie du dépassement dialectique permet de restituer à l'égalité sa cohérence d'ensemble, son unité. Elle assigne à l'idée de "même" ou d'identique, ainsi qu'à l'idée d' "autre" ou de différent, un statut bien précis, maîtrisé de bout en bout, notamment en ce qu'elle définit des priorités articulées les unes aux autres, telles que la préséance de l'identique sur le différent et la primauté de la différence singulière sur la différence groupale.

Il est résolument primordial d'y insister : en tant que telle, l'égalité est un rapport. Plus rigoureusement encore : l'égalité est un rapport d'une certaine qualité. Protéger l'égalité entre les personnes, c'est protéger la qualité d'un rapport entre les personnes. Érigé en norme, par le biais de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ou de l'article 1^{er} du Protocole n° 12, le principe d'égalité qualifie la nature du rapport qui doit exister entre les personnes.

Ce rapport est principalement, majoritairement, prioritairement un rapport horizontal d'ajustement sur le niveau de l'autre (idée du traitement identique). Cependant, il ne s'épuise pas dans cette horizontalité ; il n'est pas uniquement horizontal. Il est, secondairement, minoritairement, subsidiairement, un rapport vertical d'ajustement du niveau du traitement à une réalité propre à soi (idée du traitement différent). Autrement dit, la non-discrimination n'a pas seulement le souci de la situation commune mais aussi, dans une proportion qui reste mineure, celui de la situation différente.

Dans la mesure où, par son activité législative, la puissance publique est dotée d'un pouvoir d'agir sur les positions respectives des individus et qu'elle est liée par une telle norme – comme c'est le cas dans le système européen de protection des droits de l'homme – l'État a l'obligation de maintenir ceux-ci dans un rapport d'égalité. Autrement dit, les traitements des individus par les pouvoirs publics doivent respectivement se tenir dans un rapport

d'objectivité et de proportionnalité comparés les uns à l'égard des autres. Pour le formuler de façon encore plus exacte : les traitements des individus par la puissance étatique doivent respectivement se tenir dans un rapport d'objectivité avec la réalité de chacun et dans un rapport de non-disproportion les uns à l'égard des autres.

Concrètement, et surtout afin de formuler le problème de la concrétisation juridique du principe d'égalité de la façon la plus dépouillée du "jargon" extrêmement variable propre à la technique juridique, il nous semble utile d'indiquer brièvement la façon dont le principe de non-discrimination oriente le regard de celui qui opère un jugement d'égalité. Si l'on prend un exemple avec deux personnes nommées A et B, ce regard doit, au nom de l'obligation d'égalité, suivre le parcours suivant.

En premier lieu, au stade de ce que nous appelons "l'objectivité comparée" : le regard du juge va et vient de façon incessante entre A et B (ce regard est d'ordre horizontal), mais ce regard opère aussi en même temps un aller-retour (qui est, quant à lui, d'ordre vertical), d'une part, entre le traitement juridique de A [désigné t_A] et la situation factuelle dans laquelle A se trouve [nommée s_A] et, d'autre part, entre le traitement juridique de B [t_B] et la situation factuelle dans laquelle B se trouve [s_B]. Le but est ici d'évaluer si les traitements juridiques respectivement assignés à A et à B correspondent à la spécificité de la situation factuelle dans laquelle ils sont l'un et l'autre plongés, soit qu'ils fussent dans une situation essentiellement semblable, soit qu'ils se trouvassent dans une situation essentiellement dissemblable.

En second lieu, au stade de la proportionnalité comparée : le regard du juge va et vient, de façon constante, entre ce que l'on peut appeler la "position juridique"⁴⁵⁴ de A [$t_A + s_A$] et celle de B [$t_B + s_B$]. Le but de l'observation consiste ici à vérifier qu'il n'y a pas, entre ces deux positions, un écart de liberté disproportionné : s'il s'agit d'un traitement identique de situations essentiellement semblables, il n'y a, par définition, aucune disproportion puisqu'il n'y a tout simplement aucun écart de liberté (le va-et-vient du regard est purement horizontal) ; s'il s'agit d'un traitement différent de situations dissemblables, il faut en revanche que l'écart entre la position juridique de A et celle de B ne soit pas d'une ampleur disproportionnée c'est-à-dire excessive (le va-et-vient du regard est alors en pente, mais cette pente est tendancielle toujours plus proche de l'horizontale que de la verticale ; elle est la traduction de l'idée selon laquelle l'égalité accepte la différence de traitement mais dans une proportion raisonnable).

⁴⁵⁴ Nous proposons de dénommer les éléments comparés lors de la phase de l'examen de non-disproportion par le vocable "position" ou "position juridique" : comprendre la conjonction du régime juridique et de la réalité factuelle de chacun. Dans notre exemple, on compare, d'un côté, la conjonction du régime juridique et de la réalité factuelle de A et, de l'autre, la conjonction du régime juridique et de la réalité factuelle de B. En bref on compare la position de A [$t_A + s_A$] à celle de B [$t_B + s_B$]. Dans la mesure où il nous semble que le régime juridique reste néanmoins l'élément prépondérant au sein du couple ainsi décrit, il est donc aussi possible d'utiliser la formule "position juridique".

Si nous avons ici pris soin de formuler la question en termes de va-et-vient du regard, c'est précisément pour faire sentir le problème de l'application du principe de l'égalité, d'une façon qui ne soit pas perturbée par des considérations et des formulations relevant de la technique juridique ; cela d'autant plus que le vocabulaire juridique utilisé par les acteurs juridiques en matière d'égalité varie non seulement d'un pays à l'autre, mais aussi en doctrine d'un auteur à l'autre. Il nous semble qu'il peut être très utile, pour toute personne et, en l'occurrence, tout acteur juridique amené à travailler sur l'égalité, d'avoir à l'esprit ce schéma de va-et-vient du regard, cette structure fondamentale de l'égalité contemporaine ; car on dérive rapidement lorsque l'on veut penser ou appliquer l'égalité telle qu'elle fonctionne dans la période contemporaine. Avec un objet à ce point formel, on est en effet très vite amené à se perdre dans les méandres des terminologies et des technologies proprement juridiques et parfois à même oublier la raison d'être de l'opération technique mise en œuvre. Voilà pourquoi il nous semble que – quelle que soit l'étiquette technique accolée à tel ou tel système juridique sur les différentes opérations de concrétisation de l'idée d'égalité – les acteurs juridiques qui en ont la charge opèrent toujours, de façon plus ou moins consciente, ce double mouvement du regard qui est prioritairement et principalement un regard transversal et subsidiairement ou complémentaiement un regard vertical. Telles sont les deux intentions qui orientent le regard du jugement d'égalité. Réitérons que ces deux directions sont la traduction de la compréhension contemporaine de l'égalité qui voit en autrui, d'abord et avant tout un identique, un même ; mais ensuite aussi un différent, un autre. Répétons également que les instants d'horizontalité du regard sont la matérialisation du moment de l'identité et que les instants de verticalité du regard sont la matérialisation du moment de la différence. Réitérons enfin que la priorité de l'idée d'identité sur celle de la différence se traduit par le fait que, en fin de compte, le parcours du regard se caractérise : soit par une pure horizontalité, lorsqu'il y a traitement identique de situations essentiellement semblables ; soit par une pente qui tend vers l'horizontalité, lorsqu'il y a traitement raisonnablement différent de situations essentiellement dissemblables.

Conclusion de la première partie

Du point de vue de sa mise en perspective historique, la signification juridique du principe d'égalité est loin d'être figée. Celui-ci possède une histoire. La définition de l'égalité a traversé, tant au niveau de l'ordre juridique interne que de celui de l'ordre juridique international, plusieurs phases qui sont autant de modèles interprétatifs.

Du point de vue d'une mise en perspective théorique du principe d'égalité, nous nous sommes proposés de décomposer de façon idéale le concept contemporain d'égalité en différents moments qui sont autant de modèles du regard porté sur autrui ; ce découpage est celui de cet outil extraordinaire que constitue la dialectique hégélienne et dont la valeur explicative est en l'occurrence d'une extrême fécondité.

Pour conclure ces développements consacrés aux fondements du principe d'égalité, nous proposons – dans une démarche qui, plus que jamais, achève de placer ce travail sous l'horizon hégélien – de joindre les descriptions historique et philosophique de l'égalité afin de dépeindre une philosophie de l'histoire⁴⁵⁵ de l'égalité juridique. En effet, nous voudrions, à présent, au terme d'une démarche qui allie la compréhension chronologique à l'intellection logique, avancer l'idée que l'acception contemporaine du principe d'égalité se présente comme le dépassement dialectique des modèles historiques qui l'ont précédée. Cette lecture de l'histoire de la protection juridique de l'égalité individuelle peut être faite au plan aussi bien interne qu'international.

Au niveau de l'ordre juridique interne, il a d'abord été souligné à quel point le modèle classique originaire de l'identité de traitement de tous expulsant la différence hors de la sphère juridique, dans la sphère privée, est un modèle fondateur. Il a ensuite été suggéré comment, tout en perpétuant la tradition classique, le modèle restrictif peut s'analyser aussi comme sa perversion, comme un renversement du modèle initial, puisqu'il a été montré comment celui-ci s'est largement laissé déborder par la faculté abandonnée au législateur d'introduire, au rang législatif, des distinctions, éventuellement inégalitaires. En ce sens, la période restrictive peut donc être envisagée comme le moment de l'avènement non rationnel de la différence dans l'histoire moderne de l'ordre juridique interne : elle forme dans le processus dialectique de l'égalité, envisagé dans une perspective historique, le moment

⁴⁵⁵ Voir G.W.F. Hegel, *La raison dans l'histoire*, introduit et commenté par J.-P. Frick, Paris, Hatier, coll. « Profil philosophie » n° 723, 1987, pp. 45-77.

second, celui de la négation de l'affirmation originaire de l'identité de tous. Enfin, nous proposons de regarder le modèle contemporain comme le troisième et dernier moment de cette histoire de l'égalité. En exigeant que les traitements satisfassent à une exigence d'objectivité et de non-disproportion, ce modèle interprétatif du principe d'égalité incarne le dépassement dialectique des deux moments précédents, celui qui abroge les deux moments antérieurs, à la fois les conserve et les surmonte. Dans la période historique contemporaine, l'égalité ne s'épuise désormais plus dans le traitement identique, elle intègre aussi son contraire, c'est-à-dire le traitement différent, mais dans une proportion traduisant son statut au sein du processus dialectique, à savoir irrémédiablement second ou subsidiaire.

Au niveau international, l'histoire juridique de l'égalité individuelle offre, en raison du caractère initialement très circonscrit de son champ d'application, une image qui n'est peut-être pas aussi limpide d'une telle progression dialectique ; elle n'en est pas moins réelle. En effet, nous avons pu montrer comment, à mesure que l'égalité individuelle s'affirmait et étendait son champ d'application durant tout le XIXe siècle, elle a parfois aussi pu être contournée jusqu'à être complètement niée : à cet égard, il suffit de rappeler l'échec de la protection, par le droit international conventionnel, des juifs de Roumanie durant toute la deuxième moitié du XIXe siècle, et la façon dont les clauses d'égalité inscrites dans les traités de minorités ont, dans ce cas précis, été complètement débordées par la faculté alors laissée aux États d'établir des différenciations indirectement discriminatoires en opérant des distinctions selon la nationalité. Là aussi, tout en étant affirmée, l'idée d'égalité a pu, dans le champ du droit international, être absolument niée. Dans ces conditions, la définition de l'égalité proposée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'*Affaire linguistique belge*, le 23 juillet 1968, exigeant que toute distinction repose sur une « justification objective et raisonnable » apparaît, ici aussi, comme le troisième moment de cette dialectique, comme le dépassement de l'affirmation des deux mouvements précédents, c'est-à-dire une égalité qui intègre la possibilité d'une différence de traitement, pourvu qu'elle possède un fondement objectif et qu'elle reste dans une proportion raisonnable.

Deuxième partie

La définition jurisprudentielle du principe d'égalité

La définition jurisprudentielle de l'égalité met en jeu deux dimensions. La première nécessite de délimiter le champ d'application du principe d'égalité garanti par la Convention européenne des droits de l'homme ; pour l'exprimer d'une façon attentive à la spécificité de l'idée de non-discrimination, il s'agira de savoir quel est le contenu possible des termes de la relation d'égalité (titre 1). La seconde dimension implique de cerner la teneur de l'obligation que pose ce principe ; autrement dit, il s'agira d'étudier la qualité de la relation qui est exigée entre les termes de l'égalité (titre 2).

Titre 1. Le champ d'application du principe d'égalité

Toute clause d'égalité, quelle qu'elle soit, combine pour ainsi dire deux champs d'application : un champ d'application formel et un champ d'application concret. Les raisons de cette dualité sont les suivantes.

En tant qu'elle est un rapport, l'égalité établit un lien d'une certaine qualité entre des éléments de réalité matérielle ; mais elle ne correspond, elle-même, à aucune réalité matérielle : à ce titre, elle est un objet purement⁴⁵⁶ formel. Garantir l'égalité entre les personnes, à l'instar de l'article 14 de la Convention ou de l'article 1er du Protocole n° 12, c'est garantir une obligation dont le contenu est essentiellement formel. Cela ne signifie pas qu'une telle obligation reste sans effets juridiques : l'égalité possède bel et bien un contenu qui n'appartient qu'à elle, qui est "autonome" ; cependant, ses effets juridiques possèdent une nature particulière, qui est précisément formelle⁴⁵⁷, à savoir que l'État doit agir à l'égard des individus de manière à respecter l'égalité entre les personnes. En termes brefs, ce à quoi l'égalité oblige, c'est une manière d'agir à l'égard des individus, manière qui doit comparativement être objective et raisonnable. Nous rejoignons M. Sachs pour dire que l'obligation de non-discrimination est une obligation modale⁴⁵⁸ en ce sens qu'elle prescrit, à elle seule, certaines modalités à l'action publique, mais ne prescrit aucun contenu à celle-ci⁴⁵⁹. La Commission européenne l'a pareillement souligné avec acuité dans l'inaugurale *Affaire*

⁴⁵⁶ À proprement parler, la pureté n'est pas totale en ce sens qu'il s'agit toujours d'un rapport entre personnes et que la notion de personne constitue le contenu premier minimal et permanent du principe d'égalité (principe d'égalité individuelle, il s'entend) comme nous allons le rappeler dans les paragraphes à suivre. Cependant, la notion de personne reste comprise de façon elle-même minimale, de sorte qu'elle demeure à un niveau d'abstraction qui est sans incidence sur ce que nous voulons démontrer ici.

⁴⁵⁷ Il convient de ne pas entendre, ici, le terme "formel" au sens que lui donne couramment l'analyse de science politique (et que la doctrine juridique reprend à son compte de manière totalement acritique), laquelle oppose égalité formelle et égalité matérielle. Celle-ci sous-entend que, même lorsqu'elle est respectée, l'égalité ainsi produite entre les individus reste insuffisante et qu'il subsiste encore des inégalités de fait (ce qui signifie que cette analyse procède à un jugement d'égalité qui prend en compte d'autres points de vue et qui touche des intérêts d'ordre factuel ou privé). Il convient de ne pas entendre, non plus, le terme "formel" au sens que lui donne une certaine partie de la doctrine juridique, notamment anglo-saxonne, qui oppose aussi égalité formelle et égalité matérielle : celle-ci tend, quant à elle, à assimiler souvent l'égalité formelle au traitement identique et l'égalité matérielle au traitement différent (notre analyse englobe, au contraire, les deux situations).

⁴⁵⁸ M. Sachs, « Zur dogmatischen Struktur der Gleichheitsrechte als Abwehrrechte », *Die öffentliche Verwaltung* (DöV), 1984, p. 411 *sqq.* ; cité par O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, p. 178.

⁴⁵⁹ En ce sens également O. Jouanjan : « Au regard de la seule norme d'égalité devant la loi, l'individu n'est donc pas protégé contre, ni la puissance publique obligée à une action de contenu particulier, mais seulement de modalité spécifique » ; *op. cit.*, p. 179.

linguistique belge de 1968 : l'article 14 a « trait aux modalités ou à l'étendue de la jouissance de droits et libertés »⁴⁶⁰.

À cette "obligation autonome formelle", correspond un "champ d'application autonome formel", lui aussi. Le principe général de non-discrimination que pose l'article 1er du Protocole n° 12 possède ainsi un champ d'application formel et autonome qui est constitué par la totalité des rapports de comparaison possibles entre les diverses situations personnelles issues d'un traitement par les pouvoirs publics. De son côté, le principe quasi-général de non-discrimination qu'énonce l'article 14 de la Convention possède, lui aussi, un champ d'application formel autonome : celui-ci est constitué par la quasi-infinité des rapports de comparaison possibles entre les individus ou groupes d'individus quant aux situations nées d'un traitement par les pouvoirs publics ayant une incidence sur les droits énoncés par la Convention. Au nom du principe d'égalité, le juge a donc compétence pour comparer : il est en droit d'appliquer des comparaisons à l'intérieur et à la frontière d'un second champ d'application, concret celui-là, qui se combine ainsi avec lui. Pour cette raison, cette idée de l'existence d'un champ formel ne bénéficiera pas d'un exposé séparé, en tant que tel. Ses manifestations étant néanmoins nombreuses⁴⁶¹, elle se retrouvera tout au long des développements à venir. En effet, toute clause juridique de non-discrimination, quelle qu'elle soit, n'est jamais une pure relation, sans référent aucun ; elle indique inmanquablement ce sur quoi elle s'appose, c'est-à-dire son champ concret d'application.

Le second champ d'application est donc le champ d'application concret⁴⁶². Il est concret car il renvoie, quant à lui, aux termes de la relation d'égalité. Il définit ce sur quoi l'égalité se greffe. Il désigne les éléments de réalité sur lesquels doit se poser le va-et-vient du regard de la comparaison que l'égalité implique. Il est pour ainsi dire le "véritable" champ d'application, au sens où on l'entend habituellement. Plus la clause se veut générale, moins le texte qui l'institue pourra décrire les termes de la relation de façon exhaustive, et plus le

⁴⁶⁰ L'opinion de la Commission est résumé dans l'arrêt de la Cour du 23 juillet 1968, Série A, n° 6 p. 28 ; voir aussi, Série B, § 400, p. 306.

⁴⁶¹ Elle se manifeste ainsi dans l'acte de comparaison auquel procède tout acteur juridique qui est amené à concrétiser la norme de non-discrimination : on en trouve une traduction notamment lorsque la Cour européenne se pose la question de savoir si les situations qui lui sont présentées sont comparables ou analogues ; ou bien lorsque la combinaison du champ d'application formel et matériel se situe à la frontière des droits et libertés garantis par la Convention, le premier a pour effet de dilater le second.

⁴⁶² L'expression peut bien sûr paraître pléonastique ; nous avons cependant montré qu'avec l'égalité, peut exister un champ d'application qui reste formel. Il n'en a pas moins des implications pratiques. Donnons quelques exemples. Je ne peux ainsi pas me comparer avec moi-même : cette hypothèse sort du champ d'application de la clause de non-discrimination. Je ne peux me comparer qu'avec d'autres titulaires du droit à l'égalité. Ajoutons encore la remarque suivante : si, entre titulaires du droit à la non-discrimination, toutes les comparaisons sont possibles (pourvu qu'elles tombent dans le champ d'application matériel de la clause d'égalité), toutes ne valent pas la peine que le juge prenne le temps de les examiner : il y a des comparaisons soumises au juge qui sont manifestement mal fondées ; qui, de manière évidente, ne posent pas de problèmes de discrimination ; qui correspondent de façon manifeste à un traitement objectif et raisonnable. Le champ d'application formel est ainsi réduit pour des raisons d'économie procédurale.

champ d'application sera défini de manière abstraite⁴⁶³ : la formule de l'article 1er du Protocole n° 12 est, par exemple, extrêmement lapidaire, décrivant un domaine particulièrement vaste. À l'inverse, plus la clause est spéciale, plus son texte pourra être rédigé de manière à dépeindre les termes de la relation de façon exacte ; autrement dit, plus le champ d'application sera défini de manière précise : l'article 5 du Protocole n° 7 est, à titre illustratif, très précis quant à son champ d'application factuel : il s'agit d'une égalité entre époux. L'article 14 de la Convention, nous l'avons déjà souligné, se trouve à mi-chemin entre ces deux extrêmes.

Il est possible de rendre compte du champ d'application concret de l'article 14 de la Convention et de l'article 1er du Protocole n° 12 suivant deux perspectives : le champ d'application personnel d'une part, et le champ d'application matériel d'autre part ; le second ne faisant cependant que préciser plus avant le premier⁴⁶⁴. Le champ *ratione personae* désigne le cercle des titulaires du droit à la non-discrimination ; il renvoie à l'idée de "personne". Le champ *ratione materiae* définit, quant à lui, l'étendue des intérêts juridiques à propos desquels un tel droit peut être invoqué, le domaine des circonstances précises dans lesquelles la discrimination est interdite ; il renvoie à l'idée de "personne située".

Le champ d'application personnel est le même pour l'article 14 de la Convention et pour l'article 1er du Protocole n° 12 : tous deux énoncent une égalité universelle⁴⁶⁵ principale⁴⁶⁶ entre les personnes humaines. L'idée de personne est consubstantielle ou concomitante⁴⁶⁷ à l'égalité : elle constitue le contenu concret⁴⁶⁸ minimal⁴⁶⁹, à la fois

⁴⁶³ Mais une abstraction qui renvoie, cette fois, à une réalité concrète. En effet, lorsque l'on s'intéresse aux termes de la relation, il ne s'agit plus de l'abstraction formelle que constitue la relation.

⁴⁶⁴ Cette catégorisation - "champ d'application concret personnel"/"champ d'application concret matériel" - ne doit donc pas être sur-valorisée outre mesure, puisque le champ d'application matériel ne fait que réduire, pour ainsi dire, les hypothèses dans lesquelles le droit à la non-discrimination peut être invoqué.

⁴⁶⁵ En ce sens que l'égalité de ces articles vise idéalement tous les hommes, et touche positivement tous les individus relevant de la juridiction des États contractants.

⁴⁶⁶ En ce sens que l'égalité, à laquelle ces articles renvoient, concerne la partie proche de la pointe du cône égalitaire - tel que nous l'avons décrit dans nos développements théoriques - (uniquement cette partie-là pour l'article 14, notamment cette partie-là pour le Protocole n° 12) ; cette portion porte ainsi sur les intérêts juridiques (ou les "biens" juridiques) les plus généraux et surtout les plus importants de l'ordre juridique : les libertés fondamentales.

⁴⁶⁷ En ce sens que ce n'est certes pas l'égalité qui crée la notion de personne ; en effet, d'un point de vue logique, la naissance de l'obligation d'égalité ne naît qu'après que l'on a reconnu la qualité de personne à un être humain (il suffit que la qualité de personne soit reconnue à un seul être humain pour que les autres êtres humains puissent immédiatement se comparer à lui et revendiquer d'être traité identiquement) ; cependant, interpréter une clause d'égalité quelle qu'elle soit - même la plus générale qui puisse exister comme le traditionnel principe d'"égalité devant la loi" et surtout celui-ci - ce n'est jamais interpréter une égalité entièrement et totalement nue, c'est interpréter une égalité, qui explicitement ou implicitement, est une égalité entre personnes. L'idée d'égalité et l'idée de personne sont livrées par les "clauses de non-discrimination" de façon concomitante à l'exégète, qui les interprète conjointement. Elles sont, en ce sens, consubstantielles : il s'agit toujours, de façon minimale, d'une égalité individuelle. L'égalité se fonde toujours sur une identité ou une interchangeabilité qui, poussée à bout, devient une unité : la notion de personne, universellement la même pour tous. Cette précision est d'autant moins superflue que son enjeu théorique est maximal : l'égalité individuelle possède-t-elle un socle concret, un ancrage matériel intangible sur lequel elle peut se fonder ? Ou bien flotte-t-elle dans un pur relativisme ? Nous

premier⁴⁷⁰, permanent⁴⁷¹ et immédiat⁴⁷² de la clause d'égalité. Aux termes de l'article 14 comme de ceux du Protocole n° 12, les titulaires du droit à la non-discrimination sont rigoureusement les mêmes, à savoir l'universalité des personnes qui relèvent de la juridiction des États contractants (chapitre 1). Le champ d'application matériel, quant à lui, diffère selon que l'on se trouve dans la perspective de l'article 14 ou celle de l'article 1er du Protocole n° 12. Pour le dire de manière globale : les personnes possèdent une infinité d'intérêts, qui recouvrent tous les domaines de la vie sociale, et même tous les domaines la vie. Or, tous les intérêts ne sont pas couverts par la garantie de non-discrimination. Le champ d'application matériel a pour fonction de déterminer les intérêts juridiques ou les "biens juridiques" à propos desquels l'inégalité est interdite. Ce domaine est plus large dans le cadre de l'article 1er du Protocole n° 12 que dans celui de l'article 14 de la Convention (chapitre 2).

soutenons que c'est l'idée de personne qui arrime l'égalité à la réalité, qui en est le pilier de fondation et sur laquelle une unité de sens peut se construire (il y a construction dans la mesure où l'égalité ne s'y épuise pas).

⁴⁶⁸ Dans le sens où l'entend Hegel : « cette unique détermination abstraite de la personnalité constitue l'égalité effective des hommes » (*Encyclopédie des sciences philosophiques en abrégé* [édition de 1830], M. de Gandillac [trad.], F. Nicolin et O. Pöggeler [éd.], Paris, Gallimard, 1970, § 539) et dans le sens où elle est le minimum de réalité à laquelle elle se réfère.

⁴⁶⁹ En ce sens qu'il ne s'agit jamais d'une égalité totalement pure ; il s'agit, au plan juridique (occidental actuel), toujours d'une égalité entre les personnes. On sait donc que, de façon minimale, les êtres humains sont égaux en cela, que le champ d'application de l'égalité est celui-là. Il importe d'attirer l'attention sur le fait que nous entendons la notion de personne comme le substrat de la reconnaissance de l'humanité d'un tel être vivant et comme le substrat de sa vocation à la liberté.

⁴⁷⁰ En ce sens que cette idée est liée au "commencement" de l'interprétation de l'égalité comme processus dialectique ; il est arrimé à son moment fondateur originaire : le traitement universellement identique de la reconnaissance de la qualité de personne.

⁴⁷¹ En ce sens que cette idée n'est jamais supprimée au sein du mouvement dialectique ; ou alors, comme nous l'avons déjà dit, il est toujours rétabli au sein du processus.

⁴⁷² En ce sens que cette idée est le contenu premier, minimal et permanent, et surtout consubstantiel, de la clause d'égalité.

Chapitre 1. Le champ d'application *ratione personae*

Qu'il procède de l'article 14 de la Convention ou de l'article 1er de son douzième Protocole additionnel, le principe d'égalité possède un champ d'application *ratione personae* qui est rigoureusement le même : il touche directement l'universalité des personnes relevant de la juridiction des États membres au sens de l'article 1er de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁷³. Que ces personnes soient des ressortissants nationaux ou des ressortissants étrangers (Section 1), qu'elles soient des personnes physiques ou même des personnes morales (Section 2), elles sont toutes des titulaires à part entière du droit à la non-discrimination.

Section 1. Les personnes nationales comme les personnes étrangères

Depuis la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'égalité se caractérise par son universalisme, son étendue se déploie au niveau mondial : elle vaut pour tous les hommes, quelle que soit leur nationalité⁴⁷⁴ ; cette égalité universaliste relève pour une large part du discours moral, en raison de l'absence de force réellement contraignante de cet instrument. Avec la Convention européenne des droits de l'homme, l'égalité se caractérise, pour ainsi dire, par son universalité au niveau européen : elle vaut pour l'universalité des personnes de l'ordre juridique formé par la Convention européenne des droits de l'homme, quelle que soit leur nationalité. Cette égalité intra-européenne constitue, cette fois, une réalité du droit positif liée à la force contraignante du Traité signé à Rome. Le préambule de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 exprime très bien ce passage de la prétention universaliste à valoir pour tous les hommes à sa réalisation effective valant pour l'universalité des européens, lorsqu'il affirme la volonté des États européens de « prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains droits énoncés dans la Déclaration universelle ».

⁴⁷³ Article 1 de la CEDH : « Les hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ».

⁴⁷⁴ Sur cette question de façon générale : S. Van Drooghenbroeck, « L'égalité entre étrangers dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue du droit des étrangers*, 1997, n° 92, pp. 3-18 ; T. Clark et J. Niessen, « Equality Rights and Non-Citizens in Europe and America : The Promise, the Practice and Some Remaining Issues », *NQHR*, 1996, pp. 245-275.

Aussi, dès les premières années de vie de la Convention, il a été admis sans difficulté aucune que des étrangers – ressortissants d’un autre État, partie⁴⁷⁵ ou tiers⁴⁷⁶ à la Convention, réfugiés⁴⁷⁷ ou apatrides⁴⁷⁸ – puissent se prévaloir devant la Commission⁴⁷⁹ et la Cour⁴⁸⁰ du droit à la non-discrimination contenue à l’article 14. Il n’est pas besoin de revenir sur le progrès d’une telle étendue du champ d’application de l’égalité au regard de l’histoire de la protection de cette notion par le droit international⁴⁸¹. Répétons simplement que l’avancée

⁴⁷⁵ Voir, par exemple : CourEDH, *Piermont c. France*, 27 avril 1995, § 1 (une ressortissante allemande contre l’État français ; comparaison avec les citoyens français résidant en Polynésie et en Nouvelle-Calédonie) ; CourEDH, *Darby c. Suède*, 23 octobre 1990, §§ 7-9 (un ressortissant finlandais contre l’État suédois ; comparaison entre un ressortissant finlandais ne résidant pas en Suède avec les ressortissants et les non-ressortissants suédois résidant en Suède).

⁴⁷⁶ Voir, par exemple, pour les étrangers “extra-européens” : CourEDH, *Moustaquim c. Belgique*, 18 février 1991, §§ 48-49 (un ressortissant marocain contre l’État belge ; comparaison avec les ressortissants mineurs belges et avec les étrangers ressortissants communautaires) ; CourEDH, *Beldjoudi c. France*, 26 mars 1992, § 1 (un ressortissant algérien contre l’État français ; comparaison du requérant avec des personnes ayant une autre croyance religieuse et une autre origine ethnique) ; CourEDH, *C. c. Belgique*, 7 août 1996, §§ 37-38 (un ressortissant marocain contre l’État belge ; comparaison avec les étrangers ressortissants communautaires) ; CourEDH, *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, §§ 36-41 (un ressortissant turc contre l’État autrichien ; comparaison avec les ressortissants autrichiens).

⁴⁷⁷ ComEDH, rapport du 4 octobre 1983, req. n° 8007/77, *D&R* n° 72, pp. 5-6, 103 et 105 : dans cette affaire, l’État de Chypre agit au nom des chypriotes grecs, et notamment les 170 000 réfugiés déplacés suite à l’invasion de Chypre par les troupes turques. La Commission y reconduit le constat de discrimination effectué dans son rapport sur les requêtes n° 6780/74 et 6950/75 (§ 503) car les actes contraires à la Convention ont été commis uniquement à l’encontre de l’une des deux communautés à Chypre.

⁴⁷⁸ Chronologiquement, le premier exemple d’un examen au fond par la Cour d’un grief relatif à l’article 14 de la part de requérants étrangers est celui de l’affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* du 28 mai 1985. Cet exemple est d’autant plus célèbre qu’il fait partie des premières affaires où la Cour a prononcé un constat de violation sur le fondement de l’article 14, mais il faut immédiatement préciser que la discrimination avait pour origine le sexe et non pas la nationalité des requérantes étrangères et légalement établies au Royaume-Uni : Mme Abdulaziz était apatride, Mmes Cabales et Balkandali étaient ressortissantes d’un pays tiers à la Convention. Dans cette affaire, la législation du Royaume-Uni en vigueur permettait plus aisément à un homme installé dans ce pays qu’à une femme placée dans les mêmes conditions d’obtenir pour son conjoint non national l’autorisation d’entrer ou de rester à demeure dans le pays. Réitérons que les requérantes de nationalité étrangère ont obtenu gain de cause en faisant tomber la distinction opérée par la législation régissant l’immigration sur le fondement du sexe, et non pas sur celui de la nationalité ; ce dernier critère ayant été considéré comme objectif et raisonnable.

⁴⁷⁹ Voir par exemple les décisions suivantes : ComEDH, *Agee c. Royaume-Uni*, décision du 17 décembre 1967, *Agee c. Royaume-Uni*, req. n° 7729/76, *D&R* 7, p. 176 (il ressort d’ailleurs de cette décision que le statut d’étranger peut, en lui-même, fournir la justification objective et raisonnable d’un traitement différent de celui appliqué aux nationaux : *ibid.*, p. 164) ; ComEDH, *Luedicke c. République fédérale d’Allemagne*, décision du 11 mars 1976, req. n° 6210/73, *D&R* n° 4, p. 200. ComEDH, décision du 15 décembre 1977, req. n° 7229/73, non publié ; ComEDH, décision du 9 décembre 1980, req. n° 8874/80, non publié ; ComEDH, décision du 12 décembre 1981, req. n° 9504/81, non publié ; ComEDH, décision du 6 juillet 1982, req. n° 9285/81, *D&R* n° 29, p. 205 (pp. 209-210) ; ComEDH, décision du 6 mai 1985, req. n° 10914/84, non publié ; ComEDH, décision du 8 mai 1985, req. n° 10901/84, non publié ; ComEDH, décision du 6 janvier 1992, req. n° 14501/89, *D&R* n° 72, p. 118 ; ComEDH, décision du 20 octobre 1994, req. n° 23241/94, *D&R* n° 79, p. 121. Voir aussi : ComEDH, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, rapport du 7 mars 1987, 9006/80 et autres, § 440.

⁴⁸⁰ Outre les arrêts déjà cités, voir aussi : CourEDH, *Caballero c. Royaume-Uni*, 8 février 2000, § 1 et §§ 25-27 ; CourEDH, *Hussain c. Royaume-Uni*, 21 février 1996, § 63 ; CourEDH, *Beyeler c. Italie*, 5 janvier 2000, § 1 et §§ 123-125 ; CourEDH, *Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne*, 12 juillet 2001, § 1 et §§ 88-94 ; CourEDH, *McShane c. Royaume-Uni*, 28 mai 2002, § 1 et §§ 132-136.

⁴⁸¹ Voir *supra*, respectivement p. 89 et p. 101.

réside dans le fait de considérer, de façon principielle ou *a priori*, ressortissants et non-ressortissants comme des égaux qui, de ce fait, bénéficient directement⁴⁸² du même et unique droit à ne pas subir de discrimination⁴⁸³. Il est somme toute assez symbolique que la première requête relative à l'article 14 devant la Commission, ayant donné lieu à la décision *X. contre République Fédérale d'Allemagne* du 16 décembre 1955⁴⁸⁴, ait été introduite par une personne non-ressortissante de l'État attaqué. Si le clivage entre nationaux et étrangers n'est plus pertinent pour la titularité du droit à la non-discrimination, celui entre personnes physiques et personnes morales mérite quant à lui une analyse plus approfondie.

Section 2. Les personnes physiques comme les personnes morales

L'égalité s'adresse en premier lieu aux personnes physiques, quelles que soient, par ailleurs, les autres catégories légales dans lesquelles ces personnes sont rangées⁴⁸⁵. Dès lors qu'elles relèvent de la juridiction des États membres de la Convention, les personnes physiques sont directement titulaires du principe d'égalité sans qu'il faille tenir aucunement compte de leur nationalité, comme cela vient d'être souligné, ni de leur résidence⁴⁸⁶, état civil⁴⁸⁷ ou capacité⁴⁸⁸. Il va de soi que les mineurs⁴⁸⁹ ainsi que les aliénés⁴⁹⁰ sont des titulaires à part entière du principe d'égalité.

⁴⁸² Précisons que la protection offerte par l'article 14 à l'étranger n'est pas une "protection par ricochet" : l'étranger est directement titulaire du droit à la non-discrimination au même titre que le national. En réalité, au-delà du cas spécifique de l'article 14, l'expression "protection par ricochet" est problématique de façon générale : certes, il n'existe pas une protection spéciale de l'étranger, mais la protection offerte directement par les droits de la Convention ne peut pas être regardée comme un "détour" ou un "ricochet". Passer par le général pour protéger le particulier n'est pas un détour, ce n'est pas un ricochet. Cette façon de penser porte encore l'empreinte de la vision internationaliste classique de l'étranger dans le cadre du droit international général et des traités de minorités du XIXe siècle : voir *supra* p. 63.

⁴⁸³ Voir par exemple : CourEDH, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1986, §§ 1 et 176-189. Cette affaire mélange des requérants qui sont des ressortissants britanniques et une requérante qui est de nationalité française ; ils contestent les conditions de nationalisation de l'industrie aéronautique et navale et invoquent notamment l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1.

⁴⁸⁴ ComEDH, *X. c. République fédérale d'Allemagne*, 16 décembre 1955, req. n° 86/55, *Annuaire* n° 1, pp. 198-199. Après un examen circonstancié, la requête en l'espèce, qui émanait d'un Italien, a finalement été rejetée « comme manifestation mal fondée » (en réalité, elle était plutôt irrecevable *ratione materiae*) ; mais le raisonnement de la Commission prouve clairement qu'elle était bien recevable *ratione personae*.

⁴⁸⁵ Ou "enfermées" si l'on veut parler par référence à notre analyse théorique (voir *supra* p. 154).

⁴⁸⁶ Voir, par exemple : CourEDH, *Affaire linguistique belge*, 23 juillet 1968, §§ 29-32 (Série A n° 6, pp. 64-71) ; CourEDH, *Gillow c. Royaume-Uni*, 24 novembre 1986, §§ 63-65 ; CourEDH, *Darby c. Suède*, 23 octobre 1990, §§ 28-34.

⁴⁸⁷ Voir, par exemple : ComEDH, *Quarante huit tziganes kaldéras c. République Fédérale d'Allemagne et Pays-bas*, décision du 6 juillet 1997, § 57, *D&R* n° 11, p. 221 : le refus de délivrer des documents d'identité aux membres d'une ethnie nomade peut être examiné sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 3.

Les personnes morales, en tant qu'elles sont dotées de la personnalité juridique, peuvent-elles également se prévaloir de la titularité du principe d'égalité de traitement ? La complication introduite par la personne morale vient de ce qu'elle est à la fois une réalité et une fiction juridique, et de ce qu'elle est à la fois une monade et une collectivité. Or, on se souvient que, parmi les fondations pérennes que nous lègue l'héritage libéral classique, on trouve l'idée que l'égalité se situe au niveau des êtres humains pris individuellement. Comment concilier ce postulat irrévocable de l'égalité avec ce Janus juridique qu'est la personne morale ? Bien que l'égalité soit ébranlée jusque dans ses fondements par une telle ambiguïté, la réponse à la question de savoir si la personne morale peut être titulaire du droit à la non-discrimination est trop souvent considérée comme un point qui n'est pas problématique, et donc acquise par avance sur le mode de l'évidence. Dans ces conditions, il nous semble qu'il ne suffit pas d'enregistrer la pratique et la réponse positive de la part de la jurisprudence européenne, il est nécessaire de pouvoir l'appuyer sur un fondement théorique assuré. Notre argumentation procèdera donc en deux temps.

Au stade d'une argumentation théorique, allant au-delà du droit de la Convention européenne, tout d'abord, l'analyse que nous voudrions développer est la suivante.

Du point de vue de la théorie kelsénienne, la personne morale se définit comme une personnification d'un complexe de normes régissant l'association d'une pluralité d'individus⁴⁹¹. Du point de vue de l'histoire du droit, « l'invention de la personne morale s'est

⁴⁸⁸ Voir, par exemple : ComEDH, *Stewart-Brady c. Royaume-Uni*, décision du 2 juillet 1997, 27436/95 et 28406/95, D&R n° 90, § 4, pp. 45-46 et 54. Dans cette affaire, le requérant estime avoir été soumis à un traitement discriminatoire contraire à l'article 14 combiné à l'article 6 § 1 en raison de son incapacité. Notons que pour la Commission, il n'est pas discriminatoire d'exiger qu'un incapable majeur agisse par l'intermédiaire d'une autre personne, qui doit elle-même être représentée par un avocat.

⁴⁸⁹ Voir, par exemple : CourEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 42 ; voir surtout la décision de la ComEDH du 19 juillet 1974 sur la même affaire. Pour une réflexion philosophique relative au regard porté sur l'enfants, et spécialement sur le fait que l'enfant est de plus en plus perçu comme un « égal » et, donc, comme porteur de droits : A. Renaut, *La libération des enfants – Contribution philosophique à une histoire de l'enfance*, Paris, Calmann-Levy, 2002, notamment pp. 315-364.

⁴⁹⁰ Voir, par exemple : CourEDH, *X. et Y. c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, §§ 31-32 (ou, dans cette même affaire, ComEDH, décision du 17 décembre 1981, req. n° 8978/80, D&R n° 27, pp. 176 et 180) : dans cette affaire, la requérante alléguait que la législation néerlandaise introduisait une discrimination contraire à l'article 14 combiné avec l'article 8, qui provenait d'une distorsion entre, d'une part, les exigences légales, lesquelles imposaient que la victime d'une infraction de caractère sexuelle commise contre une personne de sexe féminin âgée de plus de 16 ans dépose sa plainte personnellement, et, d'autre part, la situation de la requérante, laquelle se trouvait, en tant que personne de sexe féminin âgée de plus de 16 ans mentalement déficiente, dans une situation différente par rapport aux personnes du même sexe et du même âge mentalement non déficientes.

⁴⁹¹ Se reporter au chapitre que Kelsen consacre à « La personne juridique » dans la *Théorie du droit et de l'État*, B. Laroche (trad.), Paris, LGDJ, 1997 (l'édition originale est en langue anglaise : *General Theory of Law and State*, New York, Russel and Publishers, 1945), pp. 145-161. « Une pluralité d'individus forment un groupe, une association, seulement lorsqu'ils sont organisés, lorsque chaque individu remplit une fonction spécifique relativement aux autres. Ils sont organisés quand leur conduite réciproque est régie par un ordre, un système de normes. C'est cet ordre – ou ce qui revient au même, cette organisation – qui constitue l'association d'une pluralité d'individus [...] L'ordre, ou l'organisation, qui constitue la corporation équivaut aux "statuts", à ce que l'on appelle "le règlement" de la corporation, complexe de normes qui régissent la conduite des membres » (p. 150). « La corporation représente un cas typique de personnes "juridiques" (au sens technique, étroit du terme) »

réalisée en deux temps » ; Jean-Pierre Baud retrace ainsi les deux idées apparues dans le droit romain et développées au Moyen Âge : la première a consisté à « concevoir qu'une communauté humaine organisée forme un corps collectif semblable à un corps humain » et la seconde à « attribuer à ce corps fictif une personnalité calquée sur la personnalité humaine »⁴⁹².

Dans ces conditions, la difficulté se présente de la manière suivante. Du côté de l'acquiescement à la fiction juridique : la personne morale est considérée comme une entité *singulière*, une hypostase dont la personnalité juridique est parfaitement distincte de celle des personnes physiques qu'elle masque (plus ou moins directement). Ainsi envisagée comme une monade indivisible, la personne morale répond au fondement "individualiste" c'est-à-dire "atomiste" de l'égalité ; en revanche, cette présentation est incompatible avec l'essence "humaniste" de l'égalité puisque cette personnification reste une pure abstraction. Du côté du dépassement de la fiction : la personne morale doit être regardée comme étant, en vérité, une entité *collective* dont les intérêts ne sont jamais entièrement distincts de ceux des personnes physiques qui la composent plus ou moins directement. Vue de la sorte, c'est-à-dire comme le rassemblement d'une pluralité de personnes physiques, la personne morale satisfait alors à la fondation "humaniste" de l'égalité ; en revanche, cette vision des choses achoppe avec son fondement "individualiste" ou "atomiste", puisque cette personnification aboutit à l'abstraction holiste du groupe qu'elle rassemble. La question à résoudre reste donc entière : la nature de l'égalité impose-t-elle des limites à la prise en compte d'une telle fiction juridique quant à la capacité des personnes morales d'être bénéficiaires du droit à la non-discrimination ?

La jurisprudence de certaines cours constitutionnelles européennes fournit des éléments de réponse intéressants⁴⁹³. Le Conseil constitutionnel français a donné une explication de l'application du principe d'égalité aux personnes morales qui, d'un point de vue conceptuel, est éclairante à cet égard : il considère que le principe d'égalité n'est pas moins applicable aux personnes morales qu'aux personnes physiques, car – les personnes

(p. 149). « Au sens étroit du terme, une personne juridique n'est pas autre chose que la personnification de l'ordre qui régit la conduite d'une pluralité d'individus – le foyer d'imputation de toutes les actions humaines déterminées par l'ordre. Ce que l'on appelle "personne physique" est la personnification d'un ensemble de normes qui régissent la conduite d'un seul et même individu » (p. 152).

⁴⁹² J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée – Une histoire juridique du corps*, Paris, Seuil, 1993, p. 73 : « À Rome, lorsqu'une association de personnes possède une existence juridique distincte de celle de ses membres, on l'appelle un corps (*corpus*) ». « Au début du XIV^e siècle, le pape Boniface VIII établit définitivement le principe selon lequel l'Église formait un "un corps mystique dont l'Église était la tête" » (*ibid.*). Sur l'invention de la notion de personne par le droit romain : *ibid.*, pp. 59-61.

⁴⁹³ Pour un état des lieux concernant la question des bénéficiaires ou titulaires de droits fondamentaux en général dans les principales cours constitutionnelles européennes (allemande, autrichienne, belge, espagnole, française, italienne, portugaise, et suisse) : voir notamment les rapports de O. Pfersmann (pour l'Autriche, pp. 189-210), F. Delpérée (pour la Belgique, pp. 211-218), M. Luciani et N. Zanon (pour l'Italie, pp. 285-324) et F. Moderne (pour la France, pp. 237-284), in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux (nouveau bilan : 1981-1991)*, III^e colloque international d'Aix-en-Provence, AIJC n° VII, 1991.

morales étant des groupements de personnes physiques – la méconnaissance du principe d'égalité à l'égard de celles-là équivaldrait nécessairement à une méconnaissance de l'égalité à l'égard de celles-ci⁴⁹⁴. La Cour constitutionnelle fédérale allemande raisonne de façon analogue : le principe d'égalité est applicable aux personnes morales (de droit privé) dès lors qu'à travers la personne morale sont visés les individus qui la composent⁴⁹⁵.

La pertinence de l'analyse du Conseil constitutionnel ou de la Cour de Karlsruhe est d'ailleurs parfaitement conciliable avec l'analyse théorique du principe d'égalité que nous avons proposée ; elle permet de préciser plus en détail la compatibilité des personnes morales avec le principe d'égalité. Il suffit de rappeler que le “moment universel-concret”⁴⁹⁶ de l'interprétation du principe d'égalité – lequel coïncide avec la définition pratique et positive qu'en donne la Cour européenne – accueille la possibilité d'un regroupement des personnes humaines à la condition d'une ressemblance objective de situation. Le principe d'égalité ne s'oppose donc pas à ce que la personne morale puisse être le point d'imputation pour la titularité du principe d'égalité, dès lors que la personne morale regroupe plus ou moins directement des individus et que l'analogie de leur situation réside *a priori* précisément dans le *corpus* de règles qui régit le mode d'association⁴⁹⁷. Autrement dit, le principe d'égalité

⁴⁹⁴ La formule exacte est la suivante : « le principe d'égalité n'est pas moins applicable entre les personnes morales qu'entre les personnes physiques, car, les personnes morales étant des groupements de personnes physiques, la méconnaissance du principe d'égalité entre celles-là équivaldrait nécessairement à une méconnaissance de l'égalité entre celles-ci », décision n° 81-132 DC, du 16 janvier 1982, *Nationalisations I*, considérant n° 29. Nous ne l'avons pas citée telle quelle car, dans sa formulation, le Conseil constitutionnel envisage déjà l'hypothèse plus précise du contrôle de l'égalité de traitement “entre” les personnes morales. Nonobstant, cela signifie qu'en amont de cette spécification, elles sont de manière générale des bénéficiaires de la protection offerte par le principe d'égalité. Pour une critique concernant la limite d'un tel raisonnement, en ce qu'il y aurait certaines catégories d'établissements publics qui ne répondraient à une telle définition : F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Économica, 1997, p. 258. Cette critique ne nous paraît pas transposable à la Cour européenne dans la mesure où la jurisprudence de l'article 34 de la Convention exclut les personnes publiques participant de l'administration publique, mais accepte en revanche les personnes morales de droit public n'exerçant aucune prérogative de puissance publique et disposant d'une autonomie complète à l'égard de l'État. Autrement dit, dès lors que l'on s'éloigne de l'intérêt général étatique, on se rapproche d'un intérêt particulier qui recoupera à un moment ou à un autre des intérêts individuels, ce qui rend la titularité du droit à la non-discrimination acceptable.

⁴⁹⁵ BverGE (2 mai 1967) 21, 362 (369) ; BverGE (6 mars 1968) 23, 153 (163) ; BverGE (13 janvier 1976) 41, 126 (149) ; BverGE (20 juillet 1954) 4, 7 (12) ; cit. in O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, p. 184. Ajoutons à ce tableau la position de la Cour constitutionnelle roumaine pour qui « l'article 16 alinéa 1 de la Constitution proclame et garantit l'égalité en droits des citoyens, donc des personnes physiques qui appartiennent à l'État roumain, et non pas l'égalité des personnes collectives, des personnes morales. Le texte de l'article 16 alinéa 1 ne serait applicable, dans le cas des personnes collectives au regard desquelles il est créé un régime juridique différent, seulement à condition que le régime juridique différent aurait des reflets [*sic*, il faut sans doute entendre : ait des répercussions] sur les citoyens, entraînant leur inégalité devant la loi et les autorités publiques » ; décision n° 102 du 13 juillet 1994, considérant n° 10, cit. et trad. par E.S. Tanasescu, *Le principe constitutionnel d'égalité en droit roumain*, thèse de doctorat, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-en-Provence et Universitatea Bucuresti, Facultatea de Drept, ronéo., 1997, p. 114.

⁴⁹⁶ Nous renvoyons le lecteur à nos développements théoriques sur le principe d'égalité : voir *supra* p. 137.

⁴⁹⁷ Ceci ne signifie pas que tous les associés doivent être traités de façon identique, l'existence d'associés minoritaires le prouve ; cependant, si dans les statuts de la personne morale est introduite une différence de traitement entre les associés qui la composent, cette distinction pourra, le cas échéant, avoir à répondre au test

admet que la personne morale, à l'instar de la personne physique, puisse être considérée comme un titulaire direct du principe d'égalité en ce sens qu'il lui est reconnue la capacité à s'en prévaloir devant le juge européen au sens des articles 1 et 34 de la Convention européenne. Cependant, l'antériorité de la titularité du droit à l'égalité des personnes physiques sur celle des personnes morales explique que la titularité de cette seconde catégorie de personnes soit conditionnée.

Au plan théorique, deux conditions doivent donc être réunies. La première de ces conditions implique que la personne morale abrite plus ou moins directement des⁴⁹⁸ personnes physiques. S'il est vrai que le lien entre la personne morale et les individus qui sont inmanquablement derrière est parfois très indirect, ceci ne doit cependant pas poser de problème, dès lors qu'il est possible de retracer ce lien de manière plus ou moins directe. Au surplus, dans la mesure où le problème ici débattu ressortit avant tout à une question procédurale de recevabilité de la requête qui ne préjuge pas de la solution sur le fond, il convient d'adopter sur cette question une position souple et d'accorder autant que possible aux personnes morales le bénéfice de la protection de la non-discrimination. La seconde condition suppose que le *corpus* de règles, qui matérialise la personne morale, satisfasse lui-même à l'impératif d'objectivité et de raisonnabilité comparées tiré du principe d'égalité. En tant qu'ils organisent le mode d'agrégation des personnes physiques à la personne morale, les "statuts" de cette dernière ne sont ni plus ni moins qu'un traitement qui doit satisfaire à la non-discrimination. L'affaire *Chassagnou et autres c. France* du 29 avril 1999 en est la parfaite illustration⁴⁹⁹. C'est là, bien sûr, une condition qui, d'un point de vue pratique, est

d'objectivité et de raisonnabilité comparées. La distinction entre associé majoritaire et associé minoritaire satisferait, à n'en pas douter, à ce test.

⁴⁹⁸ Il faut qu'elle abrite *des* personnes physiques, et non pas *toutes* les personnes physiques de l'ordre juridique, comme c'est le cas pour la personne morale publique qu'est l'État qui, dans une démocratie (même représentative), constitue la personnification de la *totalité* des individus qui relèvent de l'État en question. Pourquoi cette précision ? Car il ne saurait, pour l'individu, y avoir de comparaison avec l'État, puisqu'on le sait, l'égalité autorise la comparaison. Or, l'individu qui se comparerait avec l'État en viendrait à se comparer avec lui-même, partiellement tout du moins (mais c'est dans ce "partiellement" que se trouvent sans doute aussi les limites d'un tel raisonnement) : ce qui est rigoureusement impossible. Il n'y a d'égalité qu'*entre* égaux, l'État n'en fait pas partie. Précisons que la difficulté ne découlerait pas tant de ce que l'individu en viendrait à se comparer avec l'auteur du traitement, lequel serait aussi son bénéficiaire ; mais de ce que la comparaison ne peut pas se faire avec un tel bénéficiaire, car on ne peut se comparer avec soi-même. Précisons encore que c'est justement parce que l'État personnifie la totalité de sa population qu'en revanche, il existe en droit international général un principe d'égalité entre États. Nous sommes donc en cohérence avec ce que nous avons soutenu par ailleurs (voir *supra* p. 65), à savoir que c'est le principe d'égalité individuelle qui est au fondement du principe d'égalité entre États, lequel régit les rapports internationaux (et une partie des rapports fédéraux). La comparaison entre États est moralement recevable puisqu'elle se fait indirectement, par le biais de la susdite personnification, entre populations ; en termes clairs, elle se fait avec d'autres individus, c'est-à-dire avec autrui.

⁴⁹⁹ Dans l'affaire *Chassagnou et autres c. France* du 29 avril 1999, la Cour de Strasbourg a jugé contraires au droit à la non-discrimination les règles présidant au mode d'affiliation aux associations communales de chasse agréées prévues par la loi française, dite loi Verdeille, du 10 juillet 1964, qui organise la chasse sur le territoire français. Elle a ainsi considéré que la technique juridique de l'adhésion forcée des petits propriétaires fonciers, à l'exclusion des grands propriétaires fonciers, aux associations en question constituait une discrimination dans l'exercice du droit d'association ainsi que du droit de propriété, étant donné que l'affiliation impliquait l'apport forcé à ces organismes de leur terrain et du droit de chasse qui y est attaché. Qu'il n'y ait aucune méprise : la

encore plus implicite que la première, de sorte qu'elle peut être considérée comme étant à chaque fois présumée ; néanmoins, d'un point de vue strictement théorique, elle constitue une condition de validité de la titularité du principe d'égalité pour la personne morale. C'est d'ailleurs, nous semble-t-il, justement parce que le mode d'appartenance à un minorité culturelle c'est-à-dire à un groupe minoritaire (ou majoritaire) n'est pas juridiquement organisé⁵⁰⁰, qu'il est légitime que la minorité soit exclue d'une telle prérogative⁵⁰¹.

En bref, la titularité des personnes physiques est absolue, alors que celle des personnes morales est relative. Cela étant dit, il n'en reste pas moins que personnes physiques et personnes morales sont, d'un point de vue procédural, directement titulaires du droit à la non-discrimination.

Au stade d'une argumentation directement en rapport avec le droit positif de la Convention européenne maintenant, celui-ci peut être analysé de la manière suivante.

Il convient, en premier lieu, d'examiner le problème sous l'angle des titulaires des droits garantis par la Convention en général, c'est-à-dire au-delà du seul droit à la non-discrimination. Cette question est régie par l'article 1er du Traité de 1950 qui affirme, sans autre précision, que le bénéfice des droits protégés par le traité est reconnu par les États

question à trancher dans cette affaire n'était pas celle de l'invocabilité du droit à la non-discrimination par la personne morale elle-même ; cette affaire constitue simplement un exemple de l'existence d'un contrôle des statuts d'une personne morale au regard de la non-discrimination.

⁵⁰⁰ S'il n'est juridiquement pas organisé, il n'est alors ni identifiable, ni contrôlable. Or, il se pourrait très bien que le mode d'affiliation a-juridique à la minorité soit discriminatoire (c'est-à-dire qu'il pourrait être en contradiction avec le principe d'égalité s'il n'était comparativement pas objectif et raisonnable) ou soit liberticide (c'est-à-dire qu'il pourrait être en contradiction avec le principe de liberté et notamment le droit de ne pas s'associer). L'arrêt *Chassagnou et autres c. France* est, sur ces deux points, très éclairant : c'est parce que le mode d'affiliation à la personne morale en question était juridique qu'il a été possible de le contester et de sauvegarder la liberté et l'égalité des individus concernés. Pour Walzer, les gens naissent dans certaines identités particulières qui caractérisent un groupe ; il fait observer que « le libéralisme se distingue moins par la liberté de former des groupes sur la base de ces identités que par la liberté de quitter le groupe et parfois même ces identités » (M. Walzer, « La critique communautarienne du libéralisme », in *Pluralisme et démocratie, Esprit*, 1997, p. 70). Comme le soulignent très justement A. Renaut et S. Mesure, il est indispensable de préserver cet acquis fondamental du libéralisme classique – et plus précisément, selon ces auteurs, du libéralisme lockéen – suivant lequel « chaque individu possède un droit imprescriptible à choisir selon sa volonté et elle seule la communauté à laquelle il souhaite appartenir ; de même possède-t-il le droit inaliénable de sortir de cette communauté (c'est-à-dire de rompre unilatéralement le contrat social) dès lors qu'il le veut. Tout prétendu réaménagement du libéralisme politique qui conduirait à ne plus pouvoir assumer cette perspective et qui, par exemple, n'accorderait aucune place à la possibilité, pour l'individu, de refuser ses appartenances, accomplirait, sous couvert de transformation, une défiguration du point de vue libéral ». Aux yeux de ces auteurs, la « puissante intuition » lockéenne, c'est le « droit naturel » à « ordonner ses actions [...] sans demander l'autorisation d'aucun autre homme ni dépendre de sa volonté » (J. Locke, *Second traité du gouvernement civil*, article 123) ; A. Renaut et S. Mesure, *Alter ego...*, op. cit., p. 275.

⁵⁰¹ La jurisprudence européenne exige que les groupes de personnes soient constitués de personnes identifiées, ayant chacune autorisé l'introduction de la requête (voir ComEDH, décision du 9 juillet 1980, req. n° 8282/78, D&R n° 21, p. 109), et chaque membre du groupe doit avoir été directement touché par les mesures incriminées (ComEDH, décision du 7 octobre 1988, req. n° 12740/87). Sur cette question : F. Benoît-Rohmer, *Les minorités, quels droits ?*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1999, pp. 18-19.

contractants « à toute personne relevant de leur juridiction ». L'article 34 de la Convention⁵⁰² régit, quant à lui, la question des bénéficiaires du droit de recours devant l'organe de contrôle de ce traité, lequel n'est pas seulement ouvert « à toute personne physique » mais aussi – suivant une terminologie propre à cet instrument – à « toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers », ce qui – au terme de la jurisprudence européenne – inclut les personnes morales⁵⁰³. La question, réglée par l'article 1er, des bénéficiaires des droits garantis par la Convention, se distingue difficilement de celle, réglée par l'article 34, des bénéficiaires du droit de recours devant l'organe de contrôle de la Convention. La seconde agit comme le révélateur de la première dès lors que pour être habilité à exercer un recours, l'article 34 précise que le requérant doit pouvoir se prétendre « victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits garantis par la Convention ou ses protocoles ». Autrement dit, la titularité du droit de requête présuppose la titularité d'un droit garanti, puisque le requérant n'a d'intérêt subjectif à agir que s'il peut alléguer d'une violation d'un intérêt subjectif protégé. En matière de droits de l'homme, une liberté ne peut être invoquée par une personne morale – celle-ci n'est applicable à celle-là – que si la liberté en question est compatible avec la spécificité de la personne morale.

Sous l'angle plus spécifique, en second lieu, du droit à la non-discrimination contenu à l'article 14 de la Convention⁵⁰⁴, la situation est la suivante : si l'invocation du droit à la non-discrimination par la personne morale porte sur une liberté qui est compatible avec la spécificité juridique de la personne morale – autrement dit, si elle concerne une liberté qui lui est applicable – alors la demande d'un droit à ne pas subir de discriminations dans l'exercice

⁵⁰² Article 34 : « La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit ». Le droit de recours individuel organisé par l'article 34, suite à l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, le 1^{er} novembre 1998, remplace l'ancien article 25 du texte de 1950. Alors que l'article 25 était inscrit dans une clause facultative d'acceptation de la compétence de la Commission et ne permettait pas à "l'individu" de saisir lui-même l'ancienne Cour, l'article 34 n'a plus de caractère facultatif et lui permet désormais de saisir de plein droit la nouvelle Cour. Ces modifications, qui ont trait aux modalités du droit de recours, ne changent rien à la question des titulaires du droit de recours. Sur la qualité de requérant : R. Abraham, « Article 25 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1999, pp. 579-590 (et notamment pp. 585-586).

⁵⁰³ Sur cette question : O. de Schutter et L.-E. Pettiti, « Le rôle des associations dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », *JTDE*, 1996, vol. 4, n° 31, pp. 145-150 ; S. Marcus-Helmons, « L'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux personnes morales », *JTDE*, 1996, vol. 4, n° 31, pp. 150-153 ; J.-F. Flauss, « Convention européenne des droits de l'homme : une nouvelle interlocutrice pour le juriste d'affaire », *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 1995, n° 6, pp. 524-545 ; G. Closset-Marchal, « Vers une reconnaissance jurisprudentielle de l'action d'intérêt collectif », *Journal des Tribunaux*, 1999, pp. 441-445 ; N. Lerner, *Group Rights and Discrimination in International Law*, Dordrecht, Nijhoff, 1991 ; A. Artucio, « Le rôle des ONG dans la lutte contre la discrimination », *La Revue* (Commission internationale de juristes) 1994, n° 53, pp. 41-57.

⁵⁰⁴ G. Cohen-Jonathan, *Aspects européens des droits fondamentaux*, Paris, Montchrestien, 1996, pp. 11-13.

de cette liberté est une pétition qui est recevable⁵⁰⁵. Ceci étant précisé, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré dans l'affaire *Lithgow et autres* du 8 juillet 1986, laquelle impliquait aussi bien des individus que des entreprises, que l'article 14 « protège contre toute discrimination les personnes – physiques ou morales – placées dans des situations analogues »⁵⁰⁶. Se sont vues ainsi reconnaître le droit de saisir l'instance de contrôle et ont valablement pu se prévaloir du droit énoncé à l'article 14⁵⁰⁷ : les personnes morales à but lucratif ou non lucratif, telles que des sociétés commerciales⁵⁰⁸, des syndicats⁵⁰⁹, des organisations religieuses⁵¹⁰, des partis politiques⁵¹¹, des associations à but caritatif ou

⁵⁰⁵ En ce sens, la définition juridique de l'égalité n'entraîne pas, par elle-même, de limitations supplémentaires de son champ d'application *ratione personae* ; c'est, là, un effet de son caractère formel et donc accessoire ou dérivé.

⁵⁰⁶ CourEDH, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni* du 8 juillet 1986, § 177 : dans cette affaire, Sir W. Lithgow et E. Yarrow sont des ressortissants britanniques, Mme Augustin-Normand est de nationalité française ; les autres requérants sont tous des sociétés constituées et enregistrées au Royaume-Uni.

⁵⁰⁷ La question de la titularité ou non d'un droit est bien évidemment distincte de la question de la violation ou non de ce droit. Dès l'instant qu'un requérant voit son grief examiné au fond, cela signifie que son grief est considéré comme recevable *ratione personae* (et *ratione materiae*) c'est-à-dire un grief dont le requérant peut valablement se prévaloir en tant que titulaire. Le problème subséquent de savoir si le comportement de l'État viole ou non le droit en cause est sans incidence sur la titularité du droit ; ce n'est pas parce qu'il n'y a pas de violation du droit à la non-discrimination que la personne qui s'en est prévalu n'en est pas le titulaire. L'hypothèse du défaut manifeste de fondement est délicate. Au niveau des principes, le rejet d'un grief pour ce motif signifie que la personne requérante est bien recevable *ratione personae* : elle est donc bien titulaire du droit invoqué ; en revanche, la condition qu'elle ne remplit pas, c'est d'avoir démontré, de façon suffisamment manifeste, qu'il y avait matière à discussion sur le point de savoir si la Convention était violée, autrement dit qu'il y avait au moins une apparence de la violation.

⁵⁰⁸ CourEDH, *Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande*, 29 novembre 1990, §§ 96 et 101. Sur les trois requérants de cette affaire, les deux premiers sont des sociétés commerciales : la société filiale Pine Valley et la société mère Healy Holdings. Le troisième requérant est en revanche une personne physique : Daniel Healy est l'administrateur délégué et unique actionnaire effectif de Healy Holdings. CourEDH, *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs und Gubi c. Autriche*, 19 décembre 1994, § 98. Des deux requérants de cette affaire, le premier est une association publiant un mensuel. CourEDH, *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, 24 novembre 1993, §§ 1, 8-16 et 44. En l'occurrence, les requérantes sont : une association de copropriétaires et habitants d'une résidence de logements et de commerces, une personne physique (Jörg Haider), une association autrichienne membre de la fédération européenne des radios libres, une personne physique actionnaire d'une société italienne gérant une radio commerciale et une société à responsabilité limitée de droit autrichien. CourEDH, *Matos e Silva, Lda et autres*, 16 septembre 1996, §§ 1 et 96 : les requérantes sont deux sociétés à responsabilité limitée de droit portugais. CourEDH, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society*, 23 octobre 1997, § 6 : les requérantes ont, en droit anglais, le statut de "caisse mutuelle de dépôts" et non de sociétés.

⁵⁰⁹ CourEDH, *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, 27 octobre 1975, §§ 43-49 ; CourEDH, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède*, 6 février 1976, §§ 44-48.

⁵¹⁰ CourEDH, *Église catholique de La Canée c. Grèce*, 16 décembre 1997 ; CourEDH, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* (GC), 27 juin 2000.

⁵¹¹ CourEDH, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998, §§ 1 et 62 : les requérants sont un parti politique et deux personnes physiques, respectivement président et secrétaire général du parti en question. CourEDH, *Parti socialiste unifié et autres c. Turquie*, 25 mai 1998, §§ 7-8 et 55 : les requérants sont un parti politique et deux personnes physiques, respectivement président et ancien président du parti en question. CourEDH, *Parti de la liberté et de la démocratie (ÖZDEP) c. Turquie*, 8 décembre 1999, §§ 1, 8 et 49 : le requérant est un parti politique. CourEDH, *Refah Partisi (Parti de la prospérité), Erbakan, Kazan et Tekdal c. Turquie*, 31 juillet 2001, §§ 1 et 84 : les requérants sont un parti politique et trois de ses dirigeants.

social⁵¹², ou encore des personnes morales de droit public n'exerçant aucune prérogative de puissance publique et disposant d'une autonomie complète à l'égard de l'État⁵¹³. Il est désormais bien établi que le droit de requête est ouvert à « toute personne morale autre que les personnes morales participant de l'administration publique »⁵¹⁴. Ces conclusions sont bien évidemment valables pour l'article 1er du Protocole n° 12 lorsqu'il trouvera à s'appliquer.

Répetons que les personnes morales exerçant des prérogatives de puissance publique ne peuvent prétendre à être des titulaires du droit à la non-discrimination car elles ne font pas partie du cercle des égaux⁵¹⁵, puisqu'il existe une différence de nature entre l'État et les personnes qui forment la société civile. Si l'État n'est pas titulaire du principe d'égalité, il n'est pas non plus possible de se comparer à lui pour se plaindre d'une discrimination par rapport à celui-ci. Il convient de considérer maintenant cette seconde idée. Pour le dire de manière tautologique : il n'y a d'égalité qu'entre égaux ; en conséquence, il n'est pas possible pour un titulaire du droit à l'égalité de se comparer avec une entité qui n'est pas, quant à elle, titulaire d'un tel droit, c'est-à-dire l'État. Comme on a justement pu le faire remarquer : « la spécificité de la puissance publique la place, par nature et par principe, hors du champ de l'article 14. Sans que la question soit pour autant tranchée, on trouve ainsi dans certains arrêts de la Cour de Strasbourg des éléments de raisonnement qui sont susceptibles d'étayer une telle position »⁵¹⁶. Ainsi dans l'affaire *Sunday Times* du 26 avril 1979, les requérants se plaignaient d'une violation du droit à la non-discrimination en raison de la différence entre les règles relatives au commentaire des procès en instance applicables à la presse et celles appliquées au Parlement britannique. La Cour a écarté le moyen en considérant que la presse et le Parlement « ne sauraient passer pour “placés dans une situation comparable” »⁵¹⁷. Cette expression peut, dans ce cas très précis, être prise au pied de la lettre⁵¹⁸ : la comparaison n'est effectivement pas possible lorsque l'entité à laquelle le titulaire du droit à la non-discrimination se réfère n'est, quant à elle, pas un titulaire du droit à la non-discrimination, comme c'est le cas dans cette espèce. La jurisprudence du Conseil d'État français relative à

⁵¹² CourEDH, *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, 28 juin 2001, §§ 8 et 84-89 : la requérante est une association de droit suisse vouée à la protection des animaux qui prétendait subir une discrimination dans l'exercice du droit à la liberté d'expression. CourEDH, *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italie*, 2 août 2001, §§ 8 et 34 : la requérante est une association de droit privé qui dispose de statuts (accessibles au public) mais pas de la personnalité juridique au sens du droit interne italien ; elle prétendait subir une discrimination dans l'exercice du droit à la liberté d'association. CourEDH, *Association Ekin c. France*, 17 juillet 2001, §§ 1, 39 et 65 : la requérante est une association publiant un livre et prétendait subir une discrimination dans l'exercice du droit à la liberté d'expression.

⁵¹³ CourEDH, *Les Saints monastères c. Grèce*, 9 décembre 1994, § 92.

⁵¹⁴ F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2001, 5^e éd., p. 413.

⁵¹⁵ Pas même des titulaires relatifs au sens où nous l'avons défini précédemment.

⁵¹⁶ M. Guyomar et P. Collin, « L'inapplicabilité de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme à la puissance publique », *AJDA*, 2002 (pp. 410-415), p. 414.

⁵¹⁷ CourEDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, § 72.

⁵¹⁸ Au regard de l'analyse qui précède, c'est là une des rares hypothèses où cette motivation de la juridiction européenne concernant l'impossibilité de la comparaison est véritablement idoine et où il n'y a pas de sa part un abus de langage. Pour une explication des raisons pour lesquelles il y a d'habitude un abus de langage de la part de la Cour : voir *infra* p. 293.

l'article 14 de la Convention européenne a, quant à elle, abordé et tranché cette question de l'impossibilité d'une telle comparaison et donc de l'inapplicabilité⁵¹⁹ de l'article 14, de manière frontale et explicite dans un arrêt *Société anonyme financière Labeyrie* du 12 avril 2002. Dans cette affaire, la haute juridiction administrative française a jugé que, si l'article 14 combiné à l'article 1er du Protocole additionnel peut utilement être invoqué pour soutenir que la loi fiscale serait à l'origine de discriminations injustifiées entre contribuables, il ne peut pas l'être pour les différences de traitement qui peuvent exister entre le taux d'intérêt de retard applicable aux créances de l'État sur les contribuables et le taux d'intérêt légal applicable aux créances des contribuables sur l'État ; qu'en conséquence, un tel moyen n'est pas susceptible d'être accueilli⁵²⁰. En termes clairs, les personnes privées ne sauraient comparer leur situation à celle de l'État régalien. De manière figurée : il n'y a, pour ainsi dire, pas de comparaison "verticale" possible avec une personne publique exerçant une prérogative de puissance

⁵¹⁹ Inapplicabilité *ratione personae* qui n'est, pour ainsi dire, que partielle puisqu'elle ne concerne que la personne à qui l'on se compare et non celui qui invoque la comparaison, lequel est titulaire légitime de l'égalité. Pour être exact, il faudrait parler d'inapplicabilité de la comparaison.

⁵²⁰ Avis du Conseil d'État (Assemblée), *Société anonyme financière Labeyrie*, 12 avril 2002 : « Si les stipulations combinées des articles précités de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de son premier Protocole additionnel peuvent être utilement invoquées pour soutenir que la loi fiscale serait à l'origine de discriminations injustifiées entre contribuables, elles sont en revanche sans portée dans les rapports institués entre la puissance publique et un contribuable à l'occasion de l'établissement et du recouvrement de l'impôt. Dès lors, un moyen tiré de l'existence d'une différence de taux entre, d'une part, l'intérêt de retard institué par l'article 1727 du Code général des impôts et, d'autre part, les intérêts moratoires mentionnés aux articles L. 207 et L. 208 du Livre des procédures fiscales, n'est pas susceptible d'être accueilli ». Avis commenté de manière très féconde par M. Guyomar et P. Collin, *op. cit.* Voir aussi : B. Boutemy et E. Meier, note sous CE français, *SA financière Labeyrie*, *JCP E* 2002, pp. 1298-1300.

publique ; il n'y a qu' "horizontalement", entre personnes privées, que la comparaison est applicable⁵²¹.

En résumé, en tant qu'elles sont dotées de la personnalité juridique, et qu'à travers elles, est visé plus ou moins directement un groupement d'individus juridiquement organisé, les personnes morales, à condition encore de ne pas exercer des prérogatives de puissance publique, sont des titulaires directs du principe d'égalité et sont, à ce titre, détentrices du droit de recours ouvert à l'article 34 de la Convention.

⁵²¹ Le lecteur se gardera d'opérer une confusion entre cette question de la comparaison horizontale propre au droit à la non-discrimination (qui se préoccupe des créanciers, c'est-à-dire des titulaires du droit de l'article 14, c'est-à-dire encore les destinataires d'un traitement) et la question de la "drittwirkung" ou "effets horizontaux" des droits de l'homme (qui se préoccupe de la relation créanciers/débiteurs du droit de l'article 14 c'est-à-dire la relation auteur/destinataire d'un traitement). Dans l'hypothèse de la "drittwirkung", une comparaison "verticale" est dans ce cas envisageable, si l'auteur du traitement (qui en serait aussi le destinataire) est une personne privée. C'est à cause de ce risque de confusion que nous ne parlons pas « d'applicabilité de l'article 14 » sans autre précision comme le font M. Guyomar et P. Collin (*op. cit.*).

Chapitre 2. Le champ d'application *ratione materiae*

La question du champ d'application matériel du principe de non-discrimination tel qu'établi par la Convention est plus complexe qu'il n'y paraît. Le point de départ d'une réflexion sur ce sujet est, pour ainsi dire, une observation d'ordre phénoménologique, laquelle intéresse toute clause d'égalité, que l'égalité soit générale ou spéciale : elle consiste à rappeler que l'égalité est un rapport⁵²². Si l'obligation de non-discrimination possède un contenu propre (*grosso modo*, respecter un rapport d'une certaine qualité entre...), ainsi qu'un champ d'application propre (*grosso modo*, l'ensemble des rapports de comparaison entre...), cette obligation et ce champ d'application n'en restent pas moins formels : leur existence est toujours conditionnée ou dérivée, en ce sens qu'elle n'existe jamais par elle-même, *ex nihilo*. C'est parce que l'égalité n'est qu'un rapport entre les "choses", qu'elle ne naît qu'une fois que ces "choses" existent. Pour le formuler autrement : la question du rapport entre des substances ne se pose qu'une fois que ces substances adviennent⁵²³. En cela, il existe bien une antériorité logique de la liberté sur l'égalité⁵²⁴. Ceci explique pourquoi la Commission a pu qualifier l'obligation de non-discrimination de « conditionnelle »⁵²⁵ : parce que le champ d'application matériel d'une clause d'égalité, quelle qu'elle soit, est toujours dérivé. Qu'il s'agisse de l'article 14 de la Convention ou bien de l'article 1er du Protocole n° 12, la survenance de l'obligation de non-discrimination est toujours "accessoire" par rapport à l'existence d'éléments matériels⁵²⁶ : l'égalité s'y arrime, les relie et impose que cette liaison se caractérise par une certaine qualité. En conséquence, le champ d'application matériel de l'égalité est invariablement médiat. Il est formé par l'ensemble des intérêts sur lesquels s'appose l'obligation d'égalité. L'étendue des intérêts couverts, c'est-à-dire l'étendue du champ d'application matériel peut, quant à elle, varier selon la formulation retenue par les rédacteurs de la clause en question. Elle en trace les limites.

Il découle de ce qui précède que, même une clause générale d'égalité – telle qu'elle est énoncée par l'article 1er du Protocole n° 12 ou, ce qui revient au même, telle qu'elle s'exprime par la formule de "l'égalité devant la loi" – n'a pour ainsi dire pas d'existence

⁵²² C'est une propriété sur laquelle nous avons déjà amplement insisté, mais qui n'a pas suffisamment été relevée par la doctrine : sa cécité sur ce point explique, pour une large part, sa difficulté à rendre compte de façon claire de la question qui nous occupe ici.

⁵²³ Pour le dire encore de façon différente : tant qu'il n'y a pas de matière, l'égalité n'existe pas, pour ainsi dire. Autrement dit, la matière précède la relation entre des étendues de matière.

⁵²⁴ Nous n'en déduisons pas pour autant qu'il en découle une prévalence axiologique de la liberté sur l'égalité : cette question relève du débat de philosophie politique, que nous laissons sur ce point ouvert.

⁵²⁵ ComEDH, *Affaire linguistique belge*, avis du 24 juin 1965 ; cit. in CourEDH, *Affaire linguistique belge*, 23 juillet 1968, précit., Série A, n° 6, p. 29.

⁵²⁶ En ce sens, mais en ce sens précis, l'égalité est toujours "accessoire" par rapport à la liberté.

indépendante, contrairement à l'opinion commune. Si l'exigence d'égalité préexiste abstraitement à la loi (*lato sensu*), en ce sens qu'elle a une valeur supérieure à l'acte législatif et qu'elle pèse ainsi sur toute loi à venir ; son existence ou sa réalisation est toujours suspendue à la survenance d'une loi⁵²⁷. Elle ne trouve à s'appliquer qu'au moment où cette loi s'élabore, se confectionne. Dans cette hypothèse, la matière sur laquelle l'égalité vient se greffer, ce sont les actes de la puissance publique, sans autre précision. Or, ce n'est qu'une fois que l'État a décidé d'un traitement à l'égard d'une ou plusieurs personnes, que de manière juridiquement concomitante (ou, logiquement, aussitôt subséquente) naît l'obligation de non-discrimination. Celle-ci oblige l'auteur de la norme à comparer le traitement en question avec celui des autres personnes, afin de les maintenir dans une relation qui est comparativement objective et raisonnable. En d'autres termes, l'obligation de non-discrimination ne naît qu'une fois que l'État a statué sur un "bien juridique" donné.

Lorsqu'il s'agit d'une clause moins générale – à l'instar de l'article 14 de la Convention, interdisant la discrimination dans la jouissance des droits énoncés par cette même Convention, ou de l'article 5 de son Protocole n° 7, prohibant la discrimination entre époux – l'applicabilité de l'égalité est encore subordonnée à une condition supplémentaire : il faut, de surcroît, que cette loi entre dans le champ que délimite spécialement la clause en question. Pour l'article 14, elle doit avoir interféré avec les droits et libertés énoncés par la Convention ; pour l'article 5 du Protocole n° 7, elle doit avoir une incidence sur les relations entre époux. En bref, l'article 14 est, en quelque sorte, doublement accessoire : il l'est par rapport à l'existence d'un acte de la puissance publique, puis il l'est par rapport à l'exigence que ce dernier tombe sous l'empire d'un droit garanti par la Convention.

En résumé, pour le dire sous forme d'aphorismes mais aussi de façon sans doute plus approximative, le champ d'application matériel du principe d'égalité dans la Convention européenne des droits de l'homme peut être présenté comme suit. Au terme de l'article 14, l'obligation de non-discrimination s'applique matériellement à la jouissance de tout droit prévu par la Convention. Au terme de l'article 1er du Protocole n° 12, l'obligation de non-discrimination s'applique matériellement à la jouissance de tout droit prévu par la loi, au sens large. Formulé d'une manière différente : l'article 14 prévoit, pour ainsi dire, une égalité devant le texte de la Convention ; l'article 1er du Protocole n° 12 prévoit, quant à lui, une égalité devant la loi. Énoncé sous un autre angle : l'article 14 interdit la discrimination dans la jouissance de tout droit prévu par la loi qui a une incidence sur les droits reconnus par la Convention (sous-chapitre 1) ; l'article 1er du Protocole n° 12, pour ce qui le concerne, interdit la discrimination dans la jouissance de tout droit prévu par la loi, quel qu'elle soit, qu'elle ait ou non une incidence sur les droits reconnus par la Convention (sous-chapitre 2).

⁵²⁷ Sauf à admettre qu'elle puisse produire une obligation "positive", laquelle sanctionnerait l'absence d'une loi face à une inégalité que l'on pourrait qualifier de privée : soit de droit privé, soit purement factuelle ; voir *infra* p. 394.

En bref, l'article 14 garantit une clause à la fois mi-générale et mi-spéciale d'égalité, alors que l'article 1er du Protocole n° 12 garantit une véritable clause générale d'égalité.

Sous-Chapitre 1. Le champ d'application matériel de l'article 14

Décrire le champ d'application de l'article 14 revient à décrire le champ d'application de la Convention et des protocoles additionnels dans leur ensemble, c'est-à-dire de la totalité des droits substantiels que contiennent ces textes. Notre propos ne consistera pas à retracer l'étendue exacte de chaque liberté contenue dans le traité européen ; il importera, avant tout, de présenter des exemples caractéristiques des problèmes que soulève l'applicabilité combinée de l'article 14 avec un autre droit proclamé par la Convention.

Or, la question de l'applicabilité *ratione materiae* de l'article 14 est particulièrement complexe. Aussi, il est d'abord indispensable de poser les termes du problème dans des développements introductifs (Section liminaire), avant de tenter une présentation rationnelle de l'état de la jurisprudence européenne sur cette question, permettant d'expliquer quelles sont les situations qui tombent dans le champ d'application de l'article 14 (Section 2) et celles qui y échappent (Section 1).

Section liminaire. L'exposé du problème de l'applicabilité de l'article 14

L'applicabilité *ratione materiae* de l'article 14 de la Convention⁵²⁸ est, en réalité, conditionnée par plusieurs facteurs qui correspondent à autant de niveaux d'argumentation

⁵²⁸ Sur cette question voir : M. Bossuyt, « Article 14 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, pp. 475-488 ; E. Busuttil, « Non-Discrimination (Article 14 of the Convention) », in *L'éclosion du droit européen des droits de l'homme – Liber amicorum – Mélanges en l'honneur de Carl Aage Norgaard*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, pp. 31-38 ; G. Cohen-Jonathan, « Convention européenne des droits de l'homme : principe de non-discrimination », *Juris-Classeurs, Fascicule Europe*, n° 6522, 1992, pp. 28-32 ; P. Dijk (Van) et G.J.H. Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer/Boston, Kluwer, 1990, 2^e éd., pp. 532-548 ; R. Ergec et J. Velu, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 107-133 ; D.J. Harris, M. O'Boyle, C. Wabrick, « Article 14 : Freedom from Discrimination in Respect of Protected Rights », in *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Butterworths, 1995, pp. 462-488 ; G. Jacobs et R. White, « Freedom from Discrimination », in *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 2^e éd., pp. 284-293 ; P. Lambert, « Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RTDH*, 1998, pp. 497-505. S. Livingstone, « Article 14 and the Prevention of Discrimination in the European

(§ 1). Il importe de faire le départ entre deux premiers grands types d'arguments : processuel d'un côté (§ 2), substantiel de l'autre (§ 3).

§ 1. Le problème du départ entre les diverses considérations de fond et de procédure

Lorsqu'il s'agit de décrire le champ d'application de l'article 14 de la Convention, les écrits consacrés à l'article 14 soulignent, d'une part, que l'article 14 n'a pas d'existence indépendante, en ce sens qu'il ne peut être invoqué isolément et qu'il doit être combiné avec un autre article, et, d'autre part, que l'article 14 complète les autres clauses de la Convention, en ce sens que son applicabilité n'est pas limitée aux seules hypothèses de violation concomitante d'un autre article⁵²⁹. Il nous semble que ce raisonnement énonce certes des vérités, mais des vérités qui, en l'état, sont insuffisantes puisqu'elles définissent l'applicabilité de l'article 14 négativement et non positivement et qu'elles procèdent à quelques simplifications. Il corrèle ainsi deux opérations juridiques complètement distinctes : d'un côté, le problème de savoir si un droit est, ou non, applicable et, de l'autre, celui de savoir s'il est, ou non, violé⁵³⁰. Il ne dit ensuite rien sur la question pourtant centrale de savoir si le champ d'application d'un droit isolé est, ou non, le même que celui qui résulte de sa combinaison avec l'article 14⁵³¹.

Convention on Human Rights », *EHRLR* 1997, pp. 25-34 ; M. Melchior, « Le principe de non-discrimination dans la Convention européenne des droits de l'homme », in A. Alen et P. Lemmens (dir.), *Égalité et non-discrimination*, Anvers, Kluwer, 1991, pp. 3-31 ; T. Opsahl, « Equality before the Law, the European Convention and the International Covenant », in *International Human Rights in the Commonwealth Caribbean*, Dordrecht, Nijhoff, 1991, pp. 244-256 ; K.J. Partsch, « Discrimination », in R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (dir.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, pp. 571-592 ; J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 86-94 ; Sudre F., *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2001, 5^e éd. ; M.E. Villiger, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999 ; K.J. Partsch, « Discrimination », in R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (dir.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, pp. 571-592.

⁵²⁹ Lorsqu'elle traite du domaine d'application de l'interdiction de la discrimination établie par l'article 14, la doctrine procède parfois à une série de distinctions qu'il convient de mentionner ici à titre informatif, mais que nous ne reprendrons pas à notre compte : J. Velu et R. Ergec précisent ainsi que « la question de l'indépendance de l'article 14 ne doit pas être confondue avec celle de son autonomie » (R. Ergec et J. Velu, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, § 141, p. 114) ; M. Bossuyt introduit une distinction entre « la question de "l'existence indépendante" et de "l'application autonome" » (M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 133 ; ou bien, voir le commentaire de l'article 14 par ce même auteur, in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, p. 478), puis entre « conséquences normatives » et conséquences « institutionnelles » (*ibid.*, pp. 478-479).

⁵³⁰ Ce qui n'est pas faux, compte tenu qu'il énonce justement que les deux événements ne sont pas liés, mais qui est insuffisant puisque c'est présenté comme la seule vérité connaissable sur cette question.

⁵³¹ Si tant est, comme le souligne pourtant ledit raisonnement, que l'article 14 complète ou renforce les autres dispositions de la Convention.

Pour répondre à cette question, il convient avant tout de distinguer deux types de considérations. Premièrement, les considérations d'ordre substantiel : celles-ci ont directement pour objet de déterminer l'étendue concrète du champ d'application du droit à la non-discrimination dans la Convention ; elles se répartissent, elles-mêmes, entre les explications liées à la structure de l'idée d'égalité d'une part, et celles liées au libellé du texte de l'article 14 d'autre part. Deuxièmement, les considérations de caractère processuel : celles-ci recouvrent avant tout des arguments qui sont relatifs à l'ordre dans lequel un moyen relatif à l'article 14 peut ou non être examiné par rapport à un moyen relatif à un autre article de la Convention, ainsi qu'aux conséquences qui y sont attachées. Les développements à suivre tenteront donc de cerner la part exacte à attribuer à chaque type d'argument. Il s'agira d'identifier en quoi le caractère "accessoire" ou "autonome" de l'article 14 est le résultat, soit de facteurs immanents à la notion d'égalité, soit de raisons liées à l'énoncé grammatical du texte de l'article 14, soit de causes purement procédurales de priorité d'examen des griefs.

Les arguments strictement phénoménologiques d'abord. Ceux-ci font référence à une analyse de la structure fondamentale de l'idée d'égalité. Une approche de ce type est le préalable incontournable pour identifier ce qui, au départ, est "accessoire" ou "autonome" dans la norme que pose l'article 14, et donc dans son champ d'application.

Nous avons amplement insisté sur le fait qu'obliger à l'égalité, c'est obliger à un rapport d'une certaine qualité et que cela signifie deux choses. Premièrement, que l'obligation d'égalité possède bien un contenu propre, qui n'appartient qu'à elle, qui est "autonome", mais qui est aussi formel. Deuxièmement que, de ce fait, l'obligation d'égalité est toujours dérivée ; son existence est toujours conditionnée, autrement dit "accessoire". Il doit en être tiré deux enseignements pour ce qui concerne la question de la détermination du champ d'application matériel du principe de non-discrimination que renferme l'article 14. Dans un premier temps et pour une très large part, celle-ci est conditionnée ou "accessoire" : la clause d'égalité de l'article 14 désigne certes elle-même son champ d'application, elle indique assurément elle-même ce à quoi l'égalité s'applique ; pour autant l'idée d'égalité ne "crée" juridiquement pas les situations auxquelles elle s'applique⁵³². Dans un second temps et pour une part assez infime, elle est inconditionnée ou "autonome" ; en ce sens que la clause de non-discrimination de l'article 14 trouve, dans une mesure qui reste à la fois relative et subséquente, à s'appliquer à certaines situations par le seul effet de l'idée d'égalité que renferme cette disposition⁵³³.

⁵³² C'est-à-dire que ce n'est pas elle qui - à elle seule, dans un premier temps, directement et principalement - permet que tel type de situation survienne dans la réalité. Même si, à l'instar de toute clause d'égalité, le texte de l'article 14 désigne lui-même son champ d'application, même s'il indique lui-même ce à quoi il s'applique, pour autant il ne "crée" pas le fait qu'il vise, pas de façon directe et immédiate tout du moins.

⁵³³ C'est-à-dire que c'est l'idée d'égalité personnelle qui, à elle seule et dans un second temps, explique que certaines situations factuelles sont et doivent être touchées par l'article 14, alors qu'elles ne le seraient pas par le seul biais des clauses de libertés que contient la Convention.

Les arguments purement exégétiques ensuite. L'interprétation littérale de l'article 14 ne suscite finalement l'unanimité que sur les évidences. Rappelons-les brièvement.

Concernant le premier membre de phrase de l'article 14 selon lequel « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune... » : telle qu'elle résulte de la syntaxe de cette disposition, la délimitation du champ d'application matériel de l'article 14 repose sur les deux certitudes suivantes. Dans son versant inclusif, le champ d'application de l'article 14 s'étend à tous les droits qui sont formellement et indiscutablement reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme. Parallèlement, dans son versant exclusif, l'article 14 ne va pas jusqu'à couvrir des droits qui sont rigoureusement et indubitablement sans lien aucun avec les droits et libertés qu'énonce la Convention. Cependant, on le devine aisément, la discussion devient âpre lorsqu'il s'agit de tracer le lieu exact de passage de la frontière entre, d'une part, ce qui tombe clairement dans le champ d'application de la Convention, sur un mode transparent d'affiliation, et d'autre part, ce qui en sort de manière évidente, sans aucun rattachement possible. Le plus souvent, les limites de la Convention sont vaporeuses ; l'incertitude domine : c'est, là, le cœur du problème qu'il importera d'éclaircir.

Concernant, à présent, le second membre de phrase de l'article 14 qui est rédigé ainsi : « ... 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 » : l'unanimité règne pour affirmer que la liste des critères de catégorisation des personnes que répertorie l'article 14 *in fine* n'est pas exhaustive ; elle est donc purement illustrative. En d'autres termes, l'interdiction d'introduire des inégalités n'est pas cantonnée aux seules hypothèses expressément mentionnées. La liste de l'article 14 ne forme pas un paramètre de restriction supplémentaire du champ d'application matériel de la non-discrimination. Si cela avait été le cas, le champ d'application matériel de l'article 14 aurait été limité, non seulement aux droits et libertés énoncés par la Convention, mais encore aux seules catégorisations effectuées sur la base des critères recensés par son article 14. Or, telle n'est pas la solution qui a été retenue : la Commission puis la Cour sont très rapidement venues préciser que les catégories inventoriées par l'article 14 sont « citées à titre exemplatif » et qu'« il ressort du mot “notamment” employé par le texte que l'énumération n'a aucun caractère limitatif »⁵³⁴. Que l'intérêt en cause engage ou non un de ces critères est sans influence sur l'applicabilité de l'article 14.

⁵³⁴ ComEDH, *Affaire linguistique belge*, précit., *Série B*, vol. I, p. 441. « La liste que renferme ce texte revêt un caractère indicatif, et non limitatif, dont témoigne l'adverbe “notamment” (en anglais “any ground such as”) » ; CourEDH, *Engel et autres*, 8 juin 1976, § 72. « La liste des chefs de discriminations prohibées par l'article 14 ne revêt pas un caractère exhaustif » ; CourEDH, *James et autres*, 21 février 1986, § 74.

Les arguments d'ordre procédural enfin. Ils visent principalement, dans le contexte du système de contrôle qu'organise la Convention européenne des droits de l'homme, à traduire en termes d'exigences formelles les conditions de fond qui découlent des arguments précédents.

Le problème vient notamment de ce que le système européen, à l'instar de la grande majorité des systèmes de sauvegarde des droits de l'homme, protège tout autant la liberté que l'égalité, et qu'il s'ensuit que ces deux idées se concurrencent, pour une très large part tout du moins. En effet, si la procédure de contrôle européen prétend garantir à la fois la liberté et l'égalité, une situation individuelle doit alors toujours pouvoir être indifféremment envisagée suivant l'une ou l'autre perspective : soit en elle-même et pour elle-même, afin d'évaluer si l'État n'opère pas une restriction de liberté qui serait en soi excessive et violerait ainsi une liberté énoncée par le traité européen ; soit par comparaison avec d'autres situations individuelles, afin d'évaluer si l'État ne crée pas un écart de liberté qui serait comparativement disproportionné⁵³⁵ et contreviendrait de la sorte à l'interdiction de la discrimination que garantit aussi ce même traité⁵³⁶.

Cette situation pose donc le problème de l'articulation entre ces deux moyens de plainte, qui ne sont pas toujours bien distingués. Or, la solution à un tel problème dépend de la réponse apportée à la question de savoir si ces deux contrôles se recoupent exactement ou non ; autrement dit, si les champs d'application respectifs de l'un et l'autre type d'expertise se superposent soit entièrement soit partiellement ; en d'autres termes encore, si le problème de l'applicabilité isolée d'une liberté garantie par la Convention d'un côté, et celle de l'applicabilité combinée du droit à la non-discrimination et de la liberté en question, de l'autre, sont ou non une seule et même chose. Elle dépend également, dans une moindre mesure, de l'interrogation sur le point de savoir si le champ d'application d'une liberté jugée applicable et violée, d'une part, et celui d'une liberté jugée applicable et non-violée, d'autre part, reste ou non le même ; autrement dit, si l'examen isolé de l'applicabilité d'une liberté, d'un côté, et l'examen isolé de conformité à cette liberté, de l'autre, sont ou non des questions étanches l'une par rapport à l'autre lorsqu'il s'agit de déterminer le champ d'application de cette liberté.

La Commission et la Cour européennes sont rapidement arrivées à la conclusion que le champ d'application d'une liberté ne varie pas selon qu'elle a ou non été violée ; en d'autres termes, contrôler si un droit est, ou non, applicable, n'est pas la même chose que contrôler si un droit est, ou non, violé. Elles ont ensuite admis assez vite que le champ d'application de

⁵³⁵ Soit que cet écart n'a pas du tout lieu d'être (il est, en quelque sorte, par lui-même disproportionné ou déraisonnable) car les situations examinées sont essentiellement semblables et que le bon traitement eût donc été le traitement identique ; soit qu'un écart eût pu être admissible dans la mesure où les situations évaluées sont essentiellement dissemblables, mais qu'en l'état il est déraisonnable ou disproportionné. Voir *supra* p. 165.

⁵³⁶ Et plus l'intérêt en cause est fondamental pour la liberté humaine, plus l'égalité est absolue, et plus la liberté est en "concurrence" avec l'égalité en ce sens qu'elles peuvent se substituer l'une à l'autre.

l'article 14 n'est pas exactement le même que celui des articles de la Convention ; autrement dit, le champ d'application du contrôle de non-discrimination dans la jouissance des droits reconnus par la Convention n'est pas totalement la même chose que le champ d'application du contrôle de la jouissance des droits reconnus par la Convention. En termes procéduraux, cela signifie que le champ d'application d'un article de la Convention n'est pas le même s'il est considéré isolément ou s'il est lu conjointement avec l'article 14 ; applicabilité isolée et applicabilité combinée ne se recoupent pas entièrement. L'applicabilité combinée – nous le verrons – est un peu plus large que l'applicabilité isolée.

Étant donné qu'ils ne touchent qu'indirectement au problème qui nous occupe ici, à savoir déterminer l'étendue matérielle du champ d'application de l'article 14, les arguments d'ordre processuel peuvent dès à présent, dans des développements liminaires, être "évacués" puisqu'ils n'ont précisé qu'un aspect procédural et que les malentendus sur cette facette du problème peuvent facilement être levés.

§ 2. La présentation du problème sous l'angle des considérations de procédure

Au tout début de la vie du traité européen, de 1955 à 1965, la question s'est posée de savoir si la possibilité de combiner l'article 14 avec un autre droit que protège la Convention est, ou non, subordonnée à l'existence d'une violation préalable de cet autre droit⁵³⁷. Durant les premières années, aucune réponse claire n'a été apportée par la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme et « un certain flottement a régné en la matière entre 1960 et 1964, d'une décision à l'autre, voire à l'intérieur d'une même décision »⁵³⁸.

Sur deux cent quatre-vingt sentences rendues par la Commission entre 1955 et 1965⁵³⁹, seul un nombre plus que marginal de six ou sept décisions de la Commission avait

⁵³⁷ Sur cette période : se reporter l'étude de M.-A. Eissen, « L'autonomie de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Commission », in *Mélanges en hommage à Polys Modinos*, Paris, Pédone, 1968, pp. 122-145. P. Guggenheim, « Quelques remarques au sujet de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme », in *René Cassin amicorum discipulorumque liber*, vol. I, *Problèmes de protection internationale des droits de l'homme*, Paris, Pédone, 1969, pp. 95-100 ; ou voir encore éventuellement : Atanassove, *L'extension de la clause de non-discrimination figurant dans la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte sociale européenne – Aperçu des activités de la Commission et de la Cour dans les décisions rendues jusqu'ici, développement ultérieur de cette extension en tant qu'instrument de protection des droits de l'homme*, mémoire ronéo. (disponible à la bibliothèque de la Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe), 1982.

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 24.

⁵³⁹ « Pendant une dizaine d'années (1955-1965), – nous dit l'ancien greffier de la Cour – la question ne s'est guère posée à l'état pur [...]. Sous réserve de cette remarque, il semble que l'on puisse distinguer, sur le point considéré, trois grandes catégories de décisions et d'avis : près de 250 décisions concernant l'article 14 n'apportent, tout bien pesé, aucun élément précis de réponse ; 6 ou 7 décisions, rendues de 1960 à 1964, se

alors paru limiter – encore que de façon assez ambiguë – l’applicabilité de l’article 14 aux hypothèses de l’existence d’une violation préalable d’un autre article de la Convention⁵⁴⁰. Si tant est que ces décisions résiduelles dussent s’interpréter en ce sens⁵⁴¹, elles étaient hautement critiquables car doublement erronées. Premièrement, cette solution revenait à nier que la Convention protégeât avec la même force la liberté et l’égalité. Ces décisions avaient, en effet, pour conséquence de priver les organes de contrôle de Strasbourg de la faculté d’examiner d’emblée le comportement de l’État sous l’angle de la rupture d’égalité, puisqu’elles réclamaient trois conditions pour pouvoir appliquer l’article 14 : premièrement, que la situation litigieuse ait d’abord fait l’objet d’un examen sous l’angle d’une liberté, considérée isolément ; deuxièmement, que cet examen ait débouché sur le constat de l’applicabilité de cette liberté, isolément considérée ; troisièmement, que cet examen ait conclu à la violation de la liberté en question, isolément considérée. Dans ce cas de figure, l’article 14 n’aurait eu pour seule fonction que de redoubler le constat antérieur de violation et de dépouiller, pour une très large part, cette disposition de son utilité. Or, nous l’avons dit, si le système de la Convention a pour ambition de garantir à la fois la liberté et l’égalité, une situation individuelle doit alors toujours pouvoir être indistinctement contrôlée suivant l’une ou l’autre perspective, ce qui n’est pas le cas si le constat de la violation isolée d’une liberté⁵⁴² forme un préalable obligé pour l’application du droit à la non-discrimination. Deuxièmement, cette solution avait pour conséquence de réduire indûment le champ d’application de l’article 14 au seul cercle des droits qui, isolément considérés, sont applicables et sont violés, laissant de côté le cercle plus large des droits qui, isolément considérés, sont applicables mais ne sont

concilient mal avec la thèse de l’ “autonomie” ; plus de 20 décisions et 3 avis, qui s’échelonnent de 1955 à 1967, paraissent aller au contraire dans le sens de cette thèse » ; *ibid.*, pp. 123-124.

⁵⁴⁰ Seules 7 décisions - et en réalité, bien moins : sur les 7, uniquement 3 d’entre-elles étaient explicites, mais d’une manière qui reste encore toute relative (se reporter à la note suivante) – semblaient faire « découler l’inapplicabilité de l’article 14, en dernière analyse, de la non-violation des articles 2 à 13 de la Convention et 1 à 3 Protocole. Certes, elles manquent pour la plupart de rigueur et de netteté. Aucune d’elles n’affirme, *expressis verbis*, que l’observation de l’article 14 présuppose une infraction “indépendante” à un autre article » (*ibid.*, pp. 127-128) : ComEDH, décision du 8 janvier 1960, req. n° 472/59, *Annuaire* n° 6, p. 212 ; ComEDH, décision du 31 mai 1960, req. n° 551/59, *Annuaire* n° 3, p. 252 ; ComEDH, décision du 20 décembre 1960, *Gudmusson et société Tresmidjan Vidir c. République d’Islande*, req. n° 511/59, *Annuaire* n° 3, pp. 425 et 427 ; ComEDH, décision du 28 juillet 1961, req. n° 673/59, *Annuaire* n° 4, deuxième considérant, p. 292 ; ComEDH, décision du 8 mars 1962, req. n° 808/60, *Isop c. République d’Autriche*, *Annuaire* n° 5, p. 124 ; ComEDH, décision du 18 décembre 1963, req. n° 1452/62, *Annuaire* n° 6, p. 278 ; ComEDH, décision du 29 septembre 1964, req. n° 1842/63, non publiée.

⁵⁴¹ « Whereas [...] Article (14) guarantees that there shall be no discrimination only with respect to the enjoyment of the rights and freedoms set forth in the Convention and Protocol ; whereas the Applicant [...] has established that he possesses any right of property which might entitle him to invoke [...] Article 1 of the Protocol ; and whereas therefore the Applicant has equally failed to establish that the alleged discrimination [...] relates to a right or freedom which is guaranteed [...] and to which Article 14 is applicable ; whereas it follows that this part of the Application is incompatible with the provisions of Article 14 » (ComEDH, décision du 8 janvier 1960, précit., p. 212). « Whereas [...] Article (14) [...] forbids discrimination only with regard to the enjoyment of the rights and freedoms guaranteed in the Convention ; and whereas the Commission has already held above that such right is not violated [...] ; whereas it follows that Article 14 has no application in the [...] present case » (ComEDH, décision *Isop* du 8 mars 1962, précit., p. 124. De toutes les sentences ici citées, il s’agit de la décision la plus nette en ce sens).

⁵⁴² Plus exactement, il faudrait dire : le constat de l’applicabilité et de la violation isolées d’une liberté.

pas violés⁵⁴³. Ce raisonnement était fautif en ce qu'il opérait la confusion et la simplification suivantes : il réduisait la question de l'applicabilité à celle de la conformité, en faisant de la seconde le révélateur unique de la première⁵⁴⁴. Pour éviter un tel raccourci, il importait de rendre la question de l'applicabilité de l'article 14 totalement étanche à l'égard de celle de la conformité isolée à l'article de rattachement⁵⁴⁵.

Depuis le rapport de la Commission européenne des droits de l'homme du 24 juin 1965, rendu dans l'*Affaire linguistique belge*, il est devenu clair que l'applicabilité de l'article 14 n'est en rien subordonnée au résultat auquel peut préalablement parvenir un examen de conformité à l'article primaire. Comme le note la Commission, l'article 14 doit pouvoir être combiné avec un autre article de la Convention en ce sens qu'il « ne vaut point pour les droits et libertés non garantis par la Convention » ; pour autant, « son applicabilité ne se limite pas aux hypothèses où il y aurait violation concomitante d'un autre article »⁵⁴⁶. La Commission fait justement remarquer qu'« une application aussi restreinte se heurterait au principe de l'effet utile, retenu par la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale et de la Cour internationale de justice, car la discrimination se bornerait à aggraver la violation d'une autre disposition de la Convention »⁵⁴⁷.

Dans son jugement du 23 juillet 1968, la Cour a, dans cette même *Affaire linguistique belge*, suivi la Commission sur ce point. Ce très célèbre arrêt constitue la première affaire dans laquelle la Cour a eu à interpréter l'article 14. En l'occurrence, les droits au sujet desquels se posait la question d'une éventuelle combinaison avec l'article 14 étaient l'article 8 de la Convention et surtout l'article 2 du 1er Protocole additionnel. La formule qui résume la position de la Cour sur le problème de l'applicabilité de l'article 14 est devenue classique ; la juridiction européenne affirme ainsi à propos de l'interdiction énoncée par l'article 14 : « Si cette garantie n'a pas, il est vrai, d'existence indépendante en ce sens qu'elle vise uniquement,

⁵⁴³ Ou encore le cercle des droits qui, isolément considérés, sont inapplicables, mais qui deviennent applicables lorsqu'ils sont considérés conjointement avec l'article 14. Répétons que cette question était, à l'époque, trop audacieuse pour être envisagée (voir *infra* p. 228).

⁵⁴⁴ Comment la Commission a-t-elle pu hésiter sur l'applicabilité de l'article 14 quand, antérieurement, elle est arrivée à la conclusion de non-violation de l'article protégeant une liberté énoncée par la Convention, puisque pour arriver à cette conclusion, elle a préalablement et inévitablement dû constater l'applicabilité de la liberté en question, de sorte que l'applicabilité de l'article 14 ne devrait pas faire question ? Ce très léger flottement de jeunesse provient sans doute de la manière de pensée suivante : le constat de non-violation est la conséquence de ce que le juge a conclu que la restriction était justifiée ; ce qui, d'une certaine manière, veut dire que la garantie de la Convention ne s'étendait pas aussi loin que les requérants, dans le cas d'espèce, le réclamaient ; et donc, que la prétention en question sortait *in fine* du champ d'application de la liberté en question, de sorte que l'article 14 n'a pas lieu de s'appliquer. Ce raisonnement est fautif en ce qu'il amalgame la question de l'applicabilité d'un article et celle de la conformité à cet article et qu'il méconnaît la part d'autonomie de l'article 14. Il fait cependant ressortir que la différence entre, d'une part, un droit applicable non violé et, d'autre part, un droit inapplicable en tant que tel, est peut-être plus ténue qu'on ne le pense.

⁵⁴⁵ Et même - mais c'est là un autre problème qui sera envisagé plus tard - à l'égard de celle de l'applicabilité isolée de cet article de rattachement.

⁵⁴⁶ ComEDH, Avis du 24 juin 1965 ; cit. in CourEDH, *Affaire linguistique belge*, précit., Série A, pp. 27-28.

⁵⁴⁷ *Ibid.*

aux termes de l'article 14, les "droits et libertés reconnus dans la Convention", une mesure conforme en elle-même aux exigences de l'article consacrant le droit ou la liberté en question peut cependant enfreindre cet article, combiné avec l'article 14, pour le motif qu'elle revêt un caractère discriminatoire »⁵⁴⁸. Elle ajoute, par une expression devenue notoire, que « tout se passe comme si ce dernier faisait partie intégrante de chacun des articles consacrant des droits ou libertés »⁵⁴⁹. En définitive, l'apport jurisprudentiel de l'*Affaire linguistique belge* du point de vue procédural se résume comme suit : l'article 14 est applicable qu'il y ait ou non un constat de violation de la liberté isolément considérée. Le seul examen pertinent reste celui de l'applicabilité combinée de l'article 14 avec une liberté énoncée par la Convention.

L'étape suivante est franchie avec l'arrêt *Rasmussen* du 28 novembre 1984. À partir de cette affaire, l'applicabilité de l'article 14 n'est plus seulement indépendante par rapport au résultat auquel peut préalablement parvenir un examen isolé de conformité à l'article primaire, mais également par rapport l'existence même d'un examen isolé de conformité à l'article primaire. L'affaire *Rasmussen* constitue le premier arrêt où la Cour n'examine pas d'abord le litige qui lui est soumis sous l'angle du respect d'une liberté énoncée par la Convention, en l'espèce ses articles 6 (droit à un procès équitable) et 8 (droit au respect de la vie privée)⁵⁵⁰, mais contrôle d'emblée les faits de la cause sous l'angle de la non-discrimination. En effet, il importe de relever que, dans cette affaire, la Cour ne s'est pas interrogée sur le point de savoir si le comportement de l'État violait éventuellement les droits consacrés aux articles 6 et 8, considérés isolément. Bien évidemment, la juridiction européenne conditionne toujours son contrôle à la possibilité de combiner l'article 14 avec d'autres droits formulés par la Convention. En définitive, l'apport jurisprudentiel de l'affaire *Rasmussen* du point de vue procédural se présente ainsi : l'article 14 est applicable qu'il y ait ou non, antérieurement, un contrôle de violation de la liberté isolément considérée. Le seul examen pertinent reste celui de la possibilité ou non de combiner l'article 14 avec une liberté énoncée par la Convention. Telle est la signification "procédurale", pour ainsi dire, du caractère "accessoire" ou "autonome" du champ d'application de l'article 14.

Ceci étant précisé, il ne reste plus qu'à définir la signification "matérielle", cette fois, du caractère "autonome" ou "accessoire" du champ d'application de l'article 14. En clair, il faut maintenant en venir au problème qui nous occupe directement ici, consistant à déterminer d'un point de vue matériel l'étendue du champ d'application de l'article 14.

⁵⁴⁸ CourEDH, *Affaire linguistique belge*, Série A, p. 33.

⁵⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁵⁰ CourEDH, *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, §§ 32-33. Pour un commentaire, voir : P. Rolland et P. Tavernier, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *JDI* 1986, pp. 1074-1076.

§ 3. La présentation du problème sous l'angle des considérations de fond

Selon les termes de l'article 14, « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune... ». À l'instar de n'importe quelle norme, l'article 14 possède un champ d'application : certaines situations sont incluses à l'intérieur du domaine qu'il décrit, d'autres en sont exclues. Il est applicable à certaines circonstances, il est inapplicable à d'autres. Dans un cas, il y a applicabilité de l'article 14 combiné avec un autre droit formulé par la Convention (autrement dit, l'article 14 est applicable en combinaison avec un autre article substantiel de la Convention ou, si l'on préfère, l'article 14 peut être combiné avec un autre droit conventionnel) ; dans l'autre, il y a inapplicabilité de l'article 14 combiné avec un autre droit formulé par la Convention (ou, si l'on préfère, l'article 14 ne peut pas être combiné avec un autre article substantiel de la Convention). Cette description peut cependant être affinée et figurée par différents cercles (qui seront appelés "C" comme la première lettre des mots "cercle" ou "champ").

Pour cela et au préalable, il convient de classer schématiquement les agissements des hautes parties contractantes de la façon suivante. Soit l'action d'un État n'a scrupuleusement aucune incidence sur l'une des libertés que formule la Convention. Soit elle s'ingère sans équivoque au cœur de l'une des sphères de liberté que protège cet instrument. Soit elle se situe en quelque sorte à la frontière d'un des droits du traité européen. Un rapide survol de l'applicabilité et de l'utilité de l'article 14 dans toutes ces hypothèses permettra d'en saisir à chaque fois les enjeux ; il permettra notamment, par contraste, de mieux comprendre les raisons de l'importance que prend l'article 14 à la lisière de la Convention, c'est-à-dire lorsque l'on se situe à la marge des droits et libertés que formule la Convention européenne.

La première occurrence est assez simple. Lorsque l'action d'une partie contractante s'immisce dans le noyau dur clairement identifiable d'une des libertés énoncées par la Convention – noyau dur dont bénéficie l'universalité des personnes relevant de la juridiction d'un État – une telle circonstance peut toujours être regardée par le juge européen suivant deux perspectives : soit celle de la liberté de la personne, soit celle de l'égalité entre les personnes. En clair, lorsqu'il a affaire à une intrusion arbitraire de l'État dans un droit que sauvegarde la Convention, l'organe de contrôle a le choix. D'un côté, il peut condamner un tel agissement du point de vue de la liberté appréciée en elle-même : la situation du requérant est alors contemplée de manière isolée, indépendamment du traitement réservé aux autres sujets de droits ; la violation de la Convention vient de ce que l'immixtion de l'État dans la sphère de liberté individuelle du requérant est considérée comme étant abusive en soi. De l'autre, il peut sanctionner cette même conduite étatique du point de vue de l'égalité : la situation du requérant est alors envisagée de manière comparée, par rapport à la situation d'autres individus ; la violation de la Convention vient de ce qu'il existe une rupture d'égalité à l'égard de ceux qui n'ont pas subi cette même intrusion arbitraire ; toute réduction de liberté à l'encontre d'un individu constitue, dans le même temps, une réduction de liberté discriminatoire par comparaison avec

tous les autres individus qui n'ont pas subi une telle diminution. L'affaire *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979 l'illustre parfaitement : la Cour européenne a considéré que le fait qu'une mère célibataire ne pouvait établir la filiation maternelle de son enfant "naturel" que par la reconnaissance, alors que celle de l'enfant "légitime" est établie du seul fait de la naissance, violait deux fois la Convention. D'une part, cette circonstance était en soi une entrave au développement normal de la vie familiale et violait isolément l'article 8 garantissant le droit au respect de la vie de famille ; d'autre part, elle constituait une discrimination dans la jouissance de ce droit par rapport aux familles dont les enfants sont issus d'un mariage et violait alors l'article 14 combiné avec l'article 8⁵⁵¹.

Le droit à l'égalité de traitement de l'article 14 peut, dans ces circonstances, très bien former l'unique fondement du constat de violation de la Convention, illustrant par là toute l'utilité qu'il peut remplir et la plénitude de l'effet juridique qu'il est capable de produire. Preuve du rôle qu'il a à jouer : la majorité des affaires sanctionnant une discrimination fondée sur la naissance "naturelle" ou "légitime" qui ont été jugées postérieurement à l'arrêt *Marckx* se placent d'ailleurs quasiment toutes sur le seul terrain de l'article 14⁵⁵². En bref, la clause de non-discrimination de l'article 14 possède un effet utile qui est quasiment⁵⁵³ équivalent à celui que peut générer une clause de liberté. Cependant, le plus souvent, on le sait, c'est l'inverse qui se produit : la Cour européenne commence d'abord par examiner les affaires qui lui sont soumises sous l'angle de l'article de liberté considéré isolément et ne juge pas toujours utile de poursuivre ensuite son contrôle sous l'angle de la non-discrimination, si elle a préalablement constaté la violation de ladite liberté. Comme elle a pu le préciser dans l'affaire *Airey* du 9 octobre 1979⁵⁵⁴, puis le réaffirmer dans l'arrêt *Dudgeon* du 22 octobre 1981 : « Quand la Cour constate une violation séparée d'une clause normative de la Convention, invoquée devant elle à la fois comme telle et conjointement avec l'article 14, elle n'a en général pas besoin d'examiner aussi l'affaire sous l'angle de celui-ci, mais il en va autrement si une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en cause constitue un aspect fondamental du litige »⁵⁵⁵. En bref, dans l'hypothèse qui nous occupe ici, c'est-à-dire celle où

⁵⁵¹ Pour un commentaire de cette décision, voir : M. Bossuyt, « L'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'homme », *RBDI* 1980, pp. 53-81.

⁵⁵² Les affaires qui, sur cette question de la naissance, se placent uniquement sur le terrain de l'article 14 sont les arrêts *Inze c. Autriche* du 28 octobre 1987, *Vermeire c. Belgique* du 29 novembre 1991 et *Mazurek c. France* du 1^{er} février 2000.

⁵⁵³ "Quasiment" car il faut rappeler que, dans la mesure où l'égalité n'est qu'un rapport, il existe une antériorité logique, une priorité lexicale de la liberté sur l'égalité, laquelle serait sans utilité aucune si l'État supprimait une liberté pour la totalité des personnes de l'ordre juridique. L'égalité ne crée pas la liberté *ex nihilo*, il suffit cependant que la liberté soit accordée à une seule personne de l'ordre juridique pour que l'égalité puisse entrer en jeu ; ce qui est pratiquement toujours le cas, même dans une entreprise qui aurait des velléités totalitaires puisqu'il existe toujours, dans ces régimes-là, des nantis : le principe d'égalité autoriserait aux exclus de se comparer à eux et permettrait de supprimer ainsi le privilège en lui faisant perdre son caractère exorbitant.

⁵⁵⁴ Voir le § 13 de cet arrêt : « pareil examen ne s'impose pas en général quand elle aperçoit un manquement aux exigences du premier article pris en lui-même. Il en va autrement si une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en question constitue un aspect fondamental de l'affaire ».

⁵⁵⁵ CourEDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, § 67.

l'État s'ingère de façon injustifiée dans le cœur même d'un des droits énoncés par la Convention – lequel est distribué identiquement à toutes les personnes de l'ordre juridique – la perspective comparatiste de l'égalité garantie par l'article 14 de la Convention possède indéniablement un effet utile ; mais la pratique ne le met pas souvent en valeur dans la mesure où elle lui préfère la perspective solipsiste des libertés garanties par les autres articles de fond de la Convention. Cette "concurrence" entre un usage du droit à la liberté et celui du droit à l'égalité dans l'exercice de ladite liberté se vérifie aussi longtemps que le litige à trancher concerne le noyau universel d'une liberté car l'étendue du champ d'application matériel de l'article 14 coïncide alors parfaitement avec le champ d'application des autres articles de fond de la Convention. C'est, nous l'analyserons ultérieurement plus en profondeur, l'hypothèse d'une applicabilité de l'article 14 à des droits formellement reconnus⁵⁵⁶.

Dans ce premier cercle (C1) du champ d'application de l'article 14, celui-ci trouve à s'appliquer car le droit concerné – c'est-à-dire l'intérêt ou le "bien juridique" à propos duquel la question se pose de savoir s'il est, ou non, distribué de façon non-discriminatoire – correspond à un droit qui, isolément considéré, est un droit formellement reconnu par une disposition de la Convention. Examiné de façon isolée, le droit en cause est un droit garanti c'est-à-dire un droit applicable ; l'article 14 est alors, lui aussi, applicable. Répétons-le, l'intérêt juridique en question tombe indifféremment dans deux champs d'application : soit celui de la liberté que garantit expressément un article de la Convention ; soit celui de l'interdiction de la discrimination de l'article 14. Dans cette hypothèse : soit il relève de l'article de liberté considéré isolément ; soit il relève de l'article 14 considéré conjointement avec l'article de liberté en question. Ce premier cercle peut lui-même être subdivisé en deux sphères. Dans la première (C1.1), le droit en cause est non seulement garanti et applicable, mais il est encore violé. Dans la deuxième (C1.2), il est garanti et applicable, mais il n'est pas violé.

La deuxième occurrence maintenant. Elle est assez subtile alors qu'elle se rencontre très fréquemment : il s'agit de la situation où la conduite de l'État n'interfère pas dans le noyau dur d'une liberté mais joue, pour ainsi dire, à la marge du droit en question. L'agissement de l'État se situe alors dans cet entre-deux que constituent, d'une part, l'extrême cœur des droits et, d'autre part, la totale extériorité aux droits. Or, c'est entre ces deux pôles que l'article 14 remplit une fonction unique, irremplaçable, à laquelle aucun autre article de la Convention ne peut se substituer. Les marges de la Convention agissent en quelque sorte comme le révélateur de ce que le principe d'égalité de l'article 14 protège en propre car, comme nous allons l'observer, le champ d'application matériel de la non-discrimination de l'article 14 est légèrement plus étendu que celui des articles de liberté isolément considérés : à cet endroit, l'obligation d'égalité est la seule à s'y appliquer. C'est, nous l'analyserons

⁵⁵⁶ Voir *infra* p. 222.

ultérieurement plus en profondeur, l'hypothèse d'une applicabilité de l'article 14 à des droits immédiatement contigus⁵⁵⁷.

Dans ce second cercle (C2) du champ d'application de l'article 14, celui-ci trouve à s'appliquer car le droit concerné correspond à un droit qui, isolément considéré, est certes un droit qui n'est pas reconnu par une disposition de la Convention, mais qui est pour ainsi dire contigu à la frontière d'une liberté énoncée par la Convention. Dans cette hypothèse, et pour des raisons que nous tenterons d'expliquer, l'intérêt juridique en question ne tombe plus que dans un seul champ d'application : celui de l'interdiction de la discrimination de l'article 14 considéré conjointement avec l'article de liberté auquel il est connexe. Ceci explique que lorsqu'il s'agit de l'article 14, la Cour européenne use d'un vocable assez inhabituel pour décrire le champ d'application d'une norme. Il faut ainsi, selon les termes de la Cour, que l'intérêt juridique auquel s'applique l'impératif de non-discrimination « tombe sous l'emprise », « se rattache »⁵⁵⁸, « relève de la sphère » ou bien « n'échappe pas entièrement à l'empire du texte qui se combine avec l'article 14 »⁵⁵⁹. Pour revenir à une terminologie dont le système juridique est coutumier, c'est-à-dire celle de "champ d'application", il serait peut-être préférable d'affirmer qu'un "bien juridique" qui est connexe à un droit reconnu par la Convention échappe, de ce fait, au champ d'application de ce droit isolément considéré ; mais tombe, de ce même fait, dans le champ d'application de l'article 14 combiné avec ledit droit. Du point de vue de la liberté prise isolément, le "bien juridique" adjacent sort légitimement du champ d'application de cette liberté. Du point de vue du droit à la non-discrimination lu conjointement avec ladite liberté, le "bien juridique" en question n'est plus adjacent, il fait légitimement partie intégrante du champ d'application de l'article 14 combiné avec la liberté en cause, comme nous tenterons de le démontrer.

Ces deux premiers cercles (C1 et C2) correspondent au versant inclusif du champ d'application de l'article 14, à son champ d'application proprement dit : il s'agit des hypothèses où l'article 14 est applicable en combinaison avec un autre droit déclaré par la Convention. Dans le premier des deux cas de figure (C1), le droit en question tombe dans le champ de la Convention : soit par le biais de l'angle isolé d'une liberté, ou bien sous l'angle combiné du droit à la non-discrimination et celui d'un autre droit de la Convention. Dans le second cas de figure (C2), le droit en question tombe dans le champ de la Convention sous le seul angle de l'article 14 combiné avec un autre article de la Convention⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷ Voir *infra* p. 228.

⁵⁵⁸ CourEDH, *Schmidt et Dahlström c. Suède*, 6 février 1976, § 39.

⁵⁵⁹ CourEDH, *Van der Musselle c. Belgique*, 23 novembre 1983, § 43.

⁵⁶⁰ Précisons qu'il existe même des hypothèses où, nous le verrons, le droit en cause s'analyse comme un droit que l'on peut considérer comme étant partiellement reconnu (partiellement C1) ou, ce qui revient au même, partiellement contigu (partiellement C2) : nous le verrons également, l'article 14 est bien sûr applicable à cette situation hybride.

La dernière occurrence enfin : celle-ci correspond aux situations dans lesquelles l'article 14 est inapplicable. Ce dernier cercle (C3) renvoie au versant exclusif du champ d'application de l'article 14, c'est-à-dire aux situations qui sortent clairement de son champ d'application. Le droit en cause est inapplicable, tant sous l'angle isolé que sous l'angle combiné. Cette dernière occurrence est claire. Lorsque l'action d'un État contractant intervient dans un domaine qui sort nettement du champ d'application de la Convention européenne, le principe d'égalité de l'article 14 n'a évidemment aucun rôle à jouer puisqu'il s'agit, par définition, d'une matière sur laquelle il n'a aucune prise. Ne tombant sous l'empire d'aucune des clauses inscrites dans le *corpus* conventionnel, la conduite de l'État ne peut être contestée, ni sur le terrain d'une des libertés que renferme le traité, ni sur celui de la non-discrimination prévue à son article 14, comme nous allons l'observer dès maintenant.

Section 1. Le champ matériel non couvert par l'article 14

Un État n'est pas lié par l'obligation que pose l'article 14 si le droit dans la jouissance duquel un requérant prétend subir une discrimination sort complètement du champ d'application de la Convention : soit que, de façon générale, l'intérêt juridique en cause ne tombe sous l'empire d'aucune liberté énoncée par la Convention (§ 1) ; soit que, de façon spéciale, il en ait été écarté par une réserve émise par un État (§ 2).

§ 1. L'inapplicabilité de l'article 14 aux droits échappant, de façon générale, au champ de la Convention : les droits non garantis

Dès lors que l'intérêt en cause dans un litige porté devant les organes de contrôle de la Convention européenne n'interfère rigoureusement avec aucune des libertés qu'elle énonce, le grief relatif à l'article 14 est inapplicable : il est, en principe, rejeté comme étant incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention⁵⁶¹.

⁵⁶¹ M. Bossuyt affirme (sur la base d'un article de K. Chrysostomides : « "Competence" and "Incompatibility" in the Jurisprudence of European Commission of Human Rights », *ZaöRV* 1973, vol. 33, n° 3, pp. 449-488) qu'il faudrait ne pas confondre l'incompétence *ratione materiae* de la Commission et l'incompatibilité d'une requête avec les dispositions de la Convention ; M. Bossuyt, *op. cit.*, pp. 135-137. Nous ne souscrivons cependant pas à cette affirmation, car il nous semble qu'il confonde quant à lui compétence *ratione materiae* et compétence *ratione personae*, et que ce qu'il désigne sous la première appellation correspond, en vérité, à la seconde. Contrairement à ce qu'il avance (*op. cit.*, p. 136), il nous semble que si l'invocation d'un droit non garanti entraîne l'irrecevabilité de la requête, c'est justement en raison de l'incompétence *ratione materiae* de la Commission à connaître de ce grief. Pour un exemple parmi d'autres : ComEDH, décision du 2 septembre 1996, req. n° 30913/96, *D&R*, n° 86, pp. 176-183 (après avoir constaté que le moyen du requérant était « incompatible *ratione materiae* » avec les dispositions de l'article 1 du Protocole n° 1, la Commission affirme qu'« il s'ensuit

Ainsi, la première espèce relative à l'article 14 dont la Commission a eu à connaître a débouché, dans une affaire *X. contre République Fédérale d'Allemagne* en date du 16 décembre 1955, sur une décision d'irrecevabilité. Eu égard à la valeur historique de cette décision, il est intéressant d'en reproduire la motivation. Dans cette espèce, le requérant italien se plaignait de ce que sa licence de marchand ambulant n'était valable que dans la ville allemande dans laquelle il exerçait sa profession et non dans d'autres lieux, à la différence des ressortissants allemands, lesquels pouvaient se procurer des licences générales. La Commission a rejeté cette réclamation dans les termes suivants : « Considérant que l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ne consacre le principe de non-discrimination, notamment quant à la nationalité, que dans la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention ; que cette dernière garantit les seuls droits et libertés énumérés à son titre premier ; que seule la violation prétendue d'un de ces droits et libertés par une des Parties Contractantes peut faire l'objet d'une requête devant la Commission, que le droit à l'exercice des professions commerciales ne figure pas parmi lesdits droits et libertés ; que l'examen du dossier ne permet donc pas de dégager la moindre apparence de violation d'un des droits reconnus dans la Convention, y compris à l'article 14 ; qu'il y a lieu, en conséquence, de rejeter la requête... »⁵⁶².

N'ont pas non plus été interprétés comme se rattachant à l'un des droits qu'énonce la Convention, et ont ainsi échappé à l'empire de l'article 14, le droit de fixer sa résidence à l'étranger⁵⁶³, le droit d'être admis dans un pays donné⁵⁶⁴, le droit d'acquérir une nationalité déterminée⁵⁶⁵, le droit de se servir de la langue de son choix en s'adressant à l'administration⁵⁶⁶ ou au sein d'organes publics⁵⁶⁷, le droit d'accéder aux fonctions publiques⁵⁶⁸, le droit à des congés payés⁵⁶⁹, le droit au travail⁵⁷⁰, le droit à se porter candidat à une assemblée représentative régionale sans compétence législative⁵⁷¹, etc.

que le grief tiré de l'article 14 est également incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention, au sens de l'article 27 § 2 de la Convention » ; voir p. 181).

⁵⁶² ComEDH, *X c. République fédérale d'Allemagne*, 16 décembre 1955, req. n° 86/55, *Annuaire* n° 1, pp. 198-199.

⁵⁶³ ComEDH, *X. c. Danemark*, 7 mars 1957, req. n° 238/56, *Annuaire* n° 1, pp. 205-207 (voir pp. 206-207).

⁵⁶⁴ ComEDH, décision du 15 décembre 1966, req. n° 3325/67, *Annuaire* n° 10, p. 529 ; ou ComEDH, décision du 1^{er} juillet 1985, req. n° 11278/84, *D&R* n° 43, p. 216 ; ComEDH, décision du 8 septembre 1988, req. n° 13654/88, *D&R* n° 57, p. 287.

⁵⁶⁵ ComEDH, décision du 1^{er} juillet 1985, req. n° 11278/84, *D&R*, n° 43, pp. 222-226 (voir p. 225) ; ou ComEDH, décision du 2 septembre 1996, req. n° 30913/96, *D&R* n° 86, pp. 176-183 (voir p. 181).

⁵⁶⁶ ComEDH, décision du 17 juillet 1965, req. n° 2333/64 (2^e considérant), *Annuaire* n° 8, pp. 361 et 363.

⁵⁶⁷ ComEDH, *Georges Clerfay, Pierre Legros et autres c. Belgique*, 17 mai 1985, req. n° 10650/83, pp. 212-218 (voir p. 217).

⁵⁶⁸ ComEDH, décision du 8 octobre 1966, req. n° 8493/79, *D&R* n° 25, pp. 212-214.

⁵⁶⁹ ComEDH, *X. c. République fédérale d'Allemagne*, 7 juillet 1959, req. n° 436/58, *Annuaire* n° 2, pp. 386-391 (voir pp. 390-391).

⁵⁷⁰ ComEDH, *X. c. Belgique*, 3 février 1970, req. n° 4072/69, *Recueil des décisions de la Commission* n° 32, pp. 80-86.

⁵⁷¹ ComEDH, décision du 30 mai 1975, req. n° 6745/74 et n° 6746/74, *D&R*, n° 2, pp. 110-114 (voir p. 112).

§ 2. L'inapplicabilité de l'article 14 aux droits échappant, de façon spéciale, au champ de la Convention : les droits "réservés"

Un requérant ne peut invoquer l'article 14 que pour autant que l'intérêt juridique dans la jouissance duquel il s'estime discriminé n'a pas été exclu du champ d'application d'un droit de la Convention par une réserve de l'État attaquée⁵⁷². Certes, à ce jour, il n'existe formellement aucune réserve visant l'article 14 en tant que tel : il ressort, en effet, de la pratique des États européens en matière de réserves qu'aucun d'eux n'a expressément fait référence à cette disposition afin d'immuniser de probables discriminations opérées dans leur droit interne à l'égard de l'obligation que pose l'article 14. Un tel constat tranche notamment avec la situation caractérisant la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes qui connaît, quant à elle, un grand nombre de réserves⁵⁷³. Si en 1951, lorsqu'il a ratifié la Convention européenne des droits de l'homme, le Royaume-Uni avait formulé les réserves qu'il a par la suite émises à l'encontre de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes⁵⁷⁴, cet État n'aurait pas pu être condamné comme il l'a été par la Cour européenne des droits de l'homme en raison des discriminations sexuelles qu'établissait sa législation sur l'immigration ou sur les pensions de retraite⁵⁷⁵.

⁵⁷² À moins que le requérant ne réussisse à contourner l'obstacle de la réserve en parvenant à rattacher le grief de la discrimination à un article qui n'a, quant à lui, pas fait l'objet d'une réserve et qui trouve à s'appliquer aux mêmes faits. Voir ComEDH, *Lena et Anna-Ninna Angeleni c. Suède*, 3 décembre 1986, req. n° 10491/83, D&R n° 51, pp. 41-61 : il s'agissait, en l'espèce, d'une différence de traitement dans l'enseignement entre personnes se déclarant athées et personnes membres d'une confession autre que l'Église suédoise bénéficiant d'une instruction religieuse satisfaisante, les premiers mais non les seconds étant dispensés du cours de « connaissances religieuses » ; la Commission a constaté l'inapplicabilité de l'article 14 avec l'article 2 du 1^{er} Protocole additionnel « tel que la réserve faite par la Suède l'a modifié », mais a accepté l'applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 9 (mais rejette le moyen comme manifestement mal fondé, considérant que la distinction est objective et raisonnable) ; voir pp. 60-61.

⁵⁷³ Voir : http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/treaty9_asp_fr.htm. La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1963, quant à elle, connaît aussi des réserves, mais en nombre relativement plus réduites et au caractère largement plus procédural ; voir : http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/treaty2_asp_fr.htm.

⁵⁷⁴ Lorsqu'il a ratifié la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, le Royaume-Uni avait notamment émis les réserves suivantes : « Le Royaume-Uni se réserve le droit de continuer d'appliquer les lois sur l'immigration régissant l'admission et le séjour au Royaume-Uni et le départ du Royaume-Uni qu'il pourra juger nécessaires et, en conséquence, accepte la disposition énoncée au paragraphe 4 de l'article 15 et les autres dispositions de la Convention, sous réserve des dispositions desdites lois applicables aux personnes qui, au moment considéré, n'ont pas le droit d'entrer et de demeurer au Royaume-Uni en vertu de la législation du pays ». Concernant l'article 11 de cette Convention : « Le Royaume-Uni se réserve le droit d'appliquer toutes ses lois et les règlements relatifs aux régimes de retraite qui concernent les pensions de retraite, les pensions de survivant et les autres prestations prévues en cas de décès ou de mises à la retraite... ». La situation juridique de ce pays à l'égard de la Convention de 1979 a cependant changé depuis : voir les réserves retirées par décision du Royaume-Uni en date du 4 janvier 1995 (et notamment celle relative à l'article 11 quant aux pensions de retraite et pensions de survivant).

⁵⁷⁵ Dans les affaires respectives suivantes : CourEDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985 et CourEDH, *Willis c. Royaume-Uni*, 11 juin 2002.

Cependant, une réserve formulée à l'égard d'une liberté énoncée par la Convention a pour effet de soustraire le domaine concerné du champ d'application de la liberté en question et, dans le même temps, en raison du caractère accessoire de l'article 14, de retirer toute possibilité de revendication de non-discrimination à propos de la matière retranchée et à propos de l'opération de retranchement, c'est-à-dire la distinction ou la catégorisation qu'établit la réserve. Il en a notamment été décidé ainsi par la Commission dans ses décisions sur la recevabilité du 9 février 1966⁵⁷⁶ et du 15 décembre 1967⁵⁷⁷. Au centre de la seconde affaire, *X. c. Autriche*, se trouve la réserve de l'État autrichien à l'article 1er du 1er Protocole additionnel par laquelle il a entendu se prémunir contre les réclamations relatives aux dommages aux biens causés par l'occupation durant la seconde guerre mondiale. Or, en l'espèce, le requérant se disait insatisfait du dédommagement perçu en réparation de la réquisition de son appartement durant l'occupation, et alléguait notamment la violation de l'article 1er du 1er Protocole additionnel ainsi que celle de l'article 14 de la Convention. En réponse, la Commission constate, dans un premier temps, qu'une telle « requête n'entre pas dans le champ d'application [de l'article 1er du Protocole additionnel] tel qu'il s'applique dans le cas de l'Autriche »⁵⁷⁸ et ajoute, dans un second temps, qu'il en est de même pour la doléance relative à l'article 14, étant donné que le moyen en question « ne peut être isolé de l'objet de ladite réserve et que la Commission ne saurait accepter ce grief sans faire délibérément abstraction du but évident de cette réserve »⁵⁷⁹.

Aujourd'hui, la réduction du champ d'application du principe d'égalité par le moyen des réserves au traité européen pourrait ne pas être un obstacle absolument infranchissable si l'on considère les deux éléments suivants : d'une part, la Cour européenne s'est reconnue compétente pour apprécier la légalité des réserves et n'a pas hésité à invalider des réserves suisses et turques dans ses arrêts *Belilos* de 1988 et *Loizidou* de 1996⁵⁸⁰ ; d'autre part, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a, dans sa décision sur la recevabilité du 2 novembre 1999 *Rawle Kennedy c. Trinité-et-Tobago*⁵⁸¹, procédé à l'invalidation d'une réserve au motif qu'elle constitue une discrimination. Dans cette espèce, la réserve de la Trinité-et-Tobago prétendait priver du droit de requête individuelle devant le Comité, pour quelque grief que ce soit, toutes les personnes ayant fait l'objet d'un verdict de condamnation à mort. Aux yeux du Comité, « la réserve en question ne vise pas à exclusion de la compétence conférée au Comité par le Protocole facultatif une disposition particulière du Pacte mais l'ensemble du Pacte pour un groupe particulier de requérants, à savoir les détenus condamnés à mort. Elle n'en est pas pour autant davantage compatible avec l'objet et le but du Protocole facultatif.

⁵⁷⁶ ComEDH, 9 février 1966, req. n° 1821/63 et 1822/63, *Annuaire* n° 9, p. 215.

⁵⁷⁷ ComEDH, *X. c. Autriche*, 15 décembre 1967, req. n° 2765/66, *Annuaire* n° 10, pp. 418-420 (p. 412) ou *Collection des décisions* n° 25, p. 42.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, *Annuaire* n° 10, p. 415 (11^e considérant).

⁵⁷⁹ *Ibid.* (12^e considérant).

⁵⁸⁰ CourEDH, *Loizidou c. Turquie*, 18 décembre 1996 ; CourEDH, *Belilos c. Suisse*, 29 avril 1988.

⁵⁸¹ CDH, *Rawle Kennedy c. Trinité-et-Tobago*, 2 novembre 1999 (CCPR/6/67/D/845/1999) ; voir *RUDH* 2000, p. 218.

Au contraire, le Comité ne peut pas accepter une réserve qui vise expressément un groupe d'individus pour lui accorder une protection en matière de procédure moindre que celle dont bénéficie le reste de la population. De l'avis du Comité, cela constitue une discrimination qui va à l'encontre de certains principes fondamentaux consacrés dans le Pacte et les Protocoles s'y rapportant ; pour cette raison, la réserve ne peut être déclarée compatible avec l'objet et le but du Protocole facultatif. La conséquence est que le Comité n'est pas empêché d'examiner la présente communication en vertu du Protocole facultatif »⁵⁸². Les enseignements de cette « constatation » sont nombreux⁵⁸³ ; au regard de la question qui nous occupe ici, il convient de relever que l'exclusion de certaines situations individuelles du champ d'application des droits de l'homme par le biais d'une réserve n'est licite qu'à la condition de ne pas constituer une rupture caractérisée du principe d'égalité, principe fondamental⁵⁸⁴ participant de l'objet et du but des instruments de garantie des droits de l'homme. Contrôler les réserves au regard du principe de non-discrimination⁵⁸⁵, c'est – dans une certaine mesure – attaquer la logique de la réserve dans son fondement même ; car émettre une réserve, c'est précisément « exclure »⁵⁸⁶ certaines situations individuelles du champ d'un traité, c'est-à-dire “discriminer”⁵⁸⁷. « L'ordre public au sein du Conseil de l'Europe »⁵⁸⁸ étant une réalité autrement plus objective qu'au

⁵⁸² CDH, *Rawle Kennedy c. Trinité-et-Tobago*, précit., § 6.7.

⁵⁸³ G. Cohen-Jonathan, « La décision du Comité des droits de l'homme des Nations Unies du 2 novembre 1999 dans l'affaire *Kennedy contre Trinité-et-Tobago* – des réserves au premier Protocole facultatif », *RUDH* 2000, pp. 209-217 ; J.-F. Flauss, « Le contrôle de la validité des réserves par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies », *RTDH* 2001, pp. 221-237.

⁵⁸⁴ Cette affaire pose, en effet, une question essentielle : dans quelle mesure le principe d'égalité est-il un principe fondamental ? 1/ Parce qu'elle protège un objet formel, l'égalité n'est pas fondamentale en soi : sa “fondamentalité” est fonction de l'objet sur lequel elle porte. Or, il nous semble que ce qui est en jeu en l'espèce, c'est plus qu'un simple droit de recours, (lequel est laissé à la discrétion de l'État, comme le fait remarquer J.-F. Flauss ; *op. cit.*, p. 230) ; derrière lui, c'est la totalité des droits civils et politiques (et pas seulement quelques-uns) dont les condamnés à mort ne pourront se prévaloir ; ce qui n'est sans doute pas insignifiant, lorsqu'il s'agit de personnes qui vont perdre leur vie et que la procédure interne qui l'a décidé a éventuellement pu violer certains des droits du Pacte... (en ce sens G. Cohen-Jonathan, *op. cit.*, p. 215, § 13) ; surtout lorsque cette garantie a été accordée à d'autres personnes, lesquelles sont par définition dans une situation moins tragique. Cette dernière partie de phrase met en lumière et nous amène à traiter le second aspect de l'égalité. 2/ Parce qu'elle protège un objet propre (très grossièrement : refuser l'arbitraire d'une distinction), l'égalité possède par elle-même quelque chose d'essentiel, de fondamental en soi. Ce qui est choquant dans cette affaire, c'est de refuser aux uns, aux personnes les plus vulnérables, une possibilité qui est accordée à d'autres, aux personnes qui le sont assurément moins, sans raisons très fortes. En bref, ce qui frappe, et qui heurte quelque chose de fondamental, c'est la rupture d'égalité, laquelle concerne un intérêt qui est peut-être plus considérable qu'il n'y paraît au premier abord. Voilà pourquoi il nous semble qu'il s'agit bien d'une violation du principe fondamental d'égalité.

⁵⁸⁵ Cela signifie que la réserve doit satisfaire, presque comme n'importe quel traitement, au test d'objectivité et de raisonnable (comparées) propre au principe d'égalité (“presque”, parce que l'objectivité de la réserve est appréciée notamment au regard du but d'une réserve en droit international, ce qui implique une certaine compréhension de la dérogation apportée).

⁵⁸⁶ Pour reprendre le terme de l'article 2 § 1^{er}(d) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui définit la réserve comme une déclaration unilatérale faite par un État par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État.

⁵⁸⁷ Soit au sens neutre qu'a eu originellement ce terme, soit au sens dépréciatif qu'il a acquis postérieurement, selon que l'on est éloigné ou non de la doctrine de l'autonomie du droit international des droits de l'homme à l'égard du droit international général.

⁵⁸⁸ CourEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, 18 juin 1971, § 65.

sein des Nations Unies⁵⁸⁹, il est légitime de se demander si la Cour européenne des droits de l'homme n'en viendra pas un jour, elle aussi, à censurer une réserve étatique au motif qu'elle constitue une discrimination contraire à l'objet de la Convention ; la question pourrait se poser pour ce qui concerne les réserves de nombreux États qui, par exemple, tendent à écarter des exigences de la Convention le régime disciplinaire dans les forces armées⁵⁹⁰.

Section 2. Le champ matériel couvert par l'article 14

L'article 14 « se combine » ou « se lit conjointement » avec un autre article de la Convention, selon les expressions usuelles employées par la Cour. Il importe de souligner que ce ne sont pas, là, de simples formules ; nous avons, en effet, amplement insisté sur le fait que le champ d'application du droit à la non-discrimination est le résultat de l'association du champ d'application formel (autonome) avec un champ d'application matériel (dérivé) ; l'un venant se greffer sur l'autre. L'idée de combinaison ou de conjonction est ainsi inhérente au droit que protège l'article 14. En d'autres termes, le champ d'application matériel dont nous tenterons de définir les limites est celui du droit à l'égalité de traitement tel qu'il est énoncé par l'article 14 et non celui d'une liberté considérée isolément : le champ d'application dont il s'agit est toujours le résultat d'une combinaison. Or, nous constaterons que le champ d'application de l'article 14, tel qu'il découle de sa combinaison avec les autres droits que sauvegarde la Convention, recoupe pour une très large part le champ d'application des droits envisagés isolément ; mais qu'il est aussi, pour une plus petite part, légèrement plus large que ce dernier. Ce phénomène de débordement s'explique, pour une grande partie, par le fait que l'égalité implique la comparaison, laquelle permet d'être à cheval sur les frontières de la Convention. Pour une plus grande unité du propos, nous prendrons des exemples jurisprudentiels qui auront tous trait au domaine économique et social⁵⁹¹ ; ce qui nous

⁵⁸⁹ Cela d'autant plus qu'en l'état du droit positif et sous réserve d'une éventuelle évolution, la position du Comité des droits de l'homme reste isolée. Comme le fait observer J.-F. Flauss (*op. cit.*, p. 235) : en 1978, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale avait décidé qu'il n'avait aucun pouvoir, même à l'unanimité, pour se prononcer sur la licéité d'une réserve (Rapport du Comité à l'Assemblée générale des Nations Unies, A/33/18, § 374). De même, à tout le moins jusqu'en 1987, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes s'est interdit de prendre position sur la portée des réserves émises. En ce sens, voir B. Clarke, « The Vienna Convention Reservations, Regime and the Convention on the discrimination against Women », *AJIL* 1991, pp. 238-289.

⁵⁹⁰ Se reporter sur cette question aux réserves des États suivants : Arménie, Azerbaïdjan, France, République Tchèque, Lituanie, Portugal, Roumanie, Russie, Slovaquie. Dans le cadre du Pacte sur les droits civils et politiques des Nations Unies, J.-F. Flauss fait observer qu'au sein de la catégorie des réserves refusant le bénéfice d'un droit (ou de plusieurs) à toute une catégorie de la population, la réserve koweïtienne afférente à l'article 25 (b) du Pacte est, au regard de la jurisprudence *Kennedy*, particulièrement douteuse : celle-ci écarte, en effet, du droit de vote et d'éligibilité les individus de sexe féminin (*op. cit.*, p. 234).

⁵⁹¹ Sur cette question de la Convention et des droits économiques et sociaux : F. Sudre, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », *RTDH* 2003, pp. 775-777, §§ 38-39 ; *idem*, « La protection des droits sociaux par la Convention européenne des droits de

permettra de faire mentir un lieu commun selon lequel l'applicabilité de l'article 14 en cette matière serait le résultat d'un activisme judiciaire, méthodologiquement ou rationnellement infondé, visant à affranchir cette disposition des limites qui sont les siennes.

Dans ces conditions, le champ d'application matériel du principe de non-discrimination énoncé par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme peut être décrit en deux temps. En premier lieu, le droit à la non-discrimination s'exerce dans des droits qui sont reconnus à la fois sous l'angle isolé et sous l'angle combiné. En second lieu, le droit à la non-discrimination s'exerce dans des droits qui ne sont reconnus que sous l'angle combiné. Pour le dire de façon schématique et peut-être plus expressive : dans la première hypothèse, l'interdiction de la discrimination porte sur la jouissance des droits formellement reconnus par la Convention (§ 1) ; dans la seconde hypothèse, elle concerne la jouissance des droits simplement contigus à la Convention européenne (§ 2).

§ 1. L'applicabilité de l'article 14 aux droits formellement reconnus par la Convention

Si une liberté garantie par la Convention européenne des droits de l'homme fait l'objet d'une restriction de la part de l'État, l'article 14 s'y appliquera indiscutablement (B). Si une liberté énoncée par la Convention est interprétée largement par le juge européen, l'article 14 s'appliquera évidemment au domaine nouvellement couvert par cet élargissement (A). Ces deux hypothèses forment la majorité des affaires déclarées recevables au titre de l'article 14. Elles correspondent à un premier cercle du champ d'application de l'article 14 et coïncident avec la situation la plus simple, ne prêtant pas à controverse : celle où les faits de la cause tombent clairement dans le champ d'application de la Convention, en tant qu'ils correspondent à un droit formellement garanti.

l'homme », in *Les nouveaux droits de l'homme en Europe – XIe congrès de l'Union des avocats européens* (29, 30 et 31 mai 1997, Palma de Majorque, Baléares), Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 103-126 ; *Idem*, « La perméabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux », in *Pouvoir et Liberté – Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 467-478 ; *Idem*, « La portée du droit à la non-discrimination : de l'avis d'Assemblée du Conseil d'État du 15 avril 1996, Mme Doukouré, à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche* », *RFDA* 1997, pp. 966-976 ; F. Tulkens, « Les droits sociaux dans la jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in C. Grewe et F. Benoît-Rohmer (dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2003 (pp 117-143), pp. 140-141 ; S.-J. Priso Essawe, « Les droits sociaux et l'égalité de traitement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – À propos des arrêts *Van Raalte c. les Pays-Bas* et *Petrovic c. l'Autriche* », *RTDH* 1998, pp. 721-736 ; M. Enrich i Mas, « Les droits sociaux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1992, pp. 146-180 ; C. Russo, « La justiciabilité des droits économiques et sociaux », in *Collected Courses of the Academy of European Law* 1992, *The Protection of Human Rights in Europe*, Vol. III, Book 2, Martinus Nijhoff, 1994, pp. 212-234 ; S. Leclerc, « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes : l'ascension d'un droit social fondamental », in S. Leclerc, J.-F. Akandji-Kombé (dir.), *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 197-222.

A. L'applicabilité de l'article 14 à la suite d'une interprétation extensive des droits reconnus

L'étendue du champ d'application de l'article 14 dépend de l'amplitude du champ d'application de l'article de rattachement : si ce dernier est interprété de manière dynamique dans le sens de son élargissement, alors l'article 14 en bénéficie également. Il n'y a, dans la très grande majorité des cas, aucun processus d'autonomisation de l'article 14. Bien au contraire, si le principe d'égalité de traitement établi par l'article 14 paraît s'appliquer à des situations toujours plus diverses et nombreuses, c'est bien par accessoire ; parce que le champ d'application matériel de l'égalité est dérivé, et que, partant, elle profite de l'interprétation extensive du champ d'application de l'article de rattachement.

Il est un fait notoire que le caractère « patrimonial » d'un litige a permis d'attirer un nombre d'affaires toujours plus grand dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention, et par suite dans celui de l'article 14. Comme le résume Frédéric Sudre, « la jurisprudence européenne a, on le sait, étendu considérablement le champ d'application du droit à un procès équitable. D'une manière générale, le critère de l'incidence d'une situation ou d'un acte sur les droits patrimoniaux du justiciable⁵⁹² apparaît désormais comme le critère décisif de l'applicabilité de l'article 6 : toute contestation ayant un objet « patrimonial » et se fondant sur une atteinte alléguée à des droits eux aussi patrimoniaux relève de la notion de « droits et obligations de caractère civil »⁵⁹³. On comprend alors aisément que l'utilisation du critère de l'incidence patrimoniale ait conduit à décliner largement l'applicabilité de l'article 6 en matière sociale. Schématiquement, l'application de l'article 6 a joué dans trois domaines »⁵⁹⁴ : le droit au travail, le droit à des prestations sociales et le droit à pension des agents publics. En tant que tels, ces droits ne sont pas garantis par la Convention et relèvent plutôt des articles 1 et 12 de la Charte sociale européenne⁵⁹⁵. Cependant, des exigences issues de droits inscrits dans la Convention peuvent recouper des exigences issues de droits consignés dans d'autres instruments internationaux : c'est de cette manière que la Cour est parvenue à protéger des droits sociaux sous certains de leurs aspects, processuels en l'occurrence. Ce phénomène est favorisé par l'interprétation extensive des droits expressément sauvegardés par la Convention. Il en résulte que les procédures en matière sociale ainsi soumises aux obligations d'un procès équitable doivent alors aussi obéir aux impératifs de non-discrimination.

⁵⁹² CourEDH, *Procola c. Luxembourg*, 28 septembre 1995, § 39.

⁵⁹³ CourEDH, *Éditions Périscope c. France*, 26 mars 1992, § 40.

⁵⁹⁴ F. Sudre, « La perméabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux », *op. cit.*, p. 469.

⁵⁹⁵ L'article 1 de la Charte sociale européenne protège le droit au travail ; son article 12, le droit à la sécurité sociale.

À titre d'exemple, en matière de garanties découlant du droit au travail : relèvent du champ d'application de l'article 6 et, par suite, de celui de l'article 14, les procédures relatives à la contestation d'un licenciement d'un employé par une entreprise privée. Ainsi, dans l'affaire *Obermeier c. Autriche*, le requérant se plaignait principalement de ce que la procédure par laquelle il avait été révoqué le privait d'un contrôle judiciaire effectif ; il alléguait, par surcroît, d'une discrimination fondée sur sa qualité d'invalidé, compte tenu des différences dont il aurait eu à pâtir entre les règles gouvernant le licenciement de droit commun et celles régissant la révocation des personnes handicapées⁵⁹⁶. Aux yeux de la Cour, « le litige relatif à la suspension concerne sans contredit des rapports de droit privé entre employeur et travailleur. Partant, il revêt un caractère civil au sens de l'article 6 § 1 qui par conséquent s'applique en l'espèce »⁵⁹⁷. Dans ces conditions, le requérant a valablement pu se prévaloir du droit à ce que les procédures relatives au droit social en question n'introduisent pas une inégalité de traitement. Cependant, il est important de ne pas se méprendre sur la portée exacte de l'extension du champ d'application des articles 6 et 14 à la suite de cet arrêt : il faut, en effet, préciser que l'interdiction de la discrimination s'applique aux procédures contentieuses permettant de contester un congédiement, et non au licenciement lui-même. Lorsque, dans cette affaire, elle a examiné la question, la Commission n'a d'ailleurs pas manqué de le signaler : « l'article 14 de la Convention n'est applicable que dans les cas où une discrimination est alléguée en rapport avec la jouissance de droits garantis par la Convention. La Convention ne garantit pas un droit à ne pas être licencié en tant que tel et, dès lors, il n'y a pas lieu d'examiner si les règles de droit positif gouvernant le licenciement des personnes handicapées comportent un élément de discrimination. La Commission ne peut examiner que l'aspect procédural, c'est-à-dire vérifier si, en tant que personne handicapée, le requérant a été, oui ou non, victime d'une discrimination dans la jouissance des droits que lui confère l'article 6 § 1 de la Convention, autrement dit s'il a été, sans raison, traité de manière différente que d'autres catégories de travailleurs lors de la détermination de ses droits civils »⁵⁹⁸.

Dans le même ordre d'idées, et toujours dans le domaine des garanties résultant du droit au travail : tombent, depuis peu, dans le domaine de l'article 6 et, par répercussion, dans celui de l'article 14, les procédures relatives, cette fois, à la contestation d'un refus à l'accès d'un emploi. Ainsi, dans l'affaire *Fogarty c. Royaume-Uni* du 21 novembre 2001, la requérante, ressortissante britannique, s'était en vain portée candidate à un emploi au sein du personnel technique et administratif de l'ambassade des États-Unis à Londres ; elle se plaignait de ce que l'immunité de juridiction dont bénéficiait cette mission diplomatique, premièrement, la dépossédait d'un droit d'accès à un tribunal et, deuxièmement, la plaçait

⁵⁹⁶ La Commission (dans son rapport du 15 décembre 1988) et la Cour (dans son arrêt du 28 juin 1990) décident à l'unanimité qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 et qu'il n'est pas nécessaire de se prononcer sur les griefs tirés de l'article 14 (ni de l'article 13).

⁵⁹⁷ CourEDH, *Obermeier c. Autriche*, précit., § 67.

⁵⁹⁸ ComEDH, Avis dans l'affaire *Obermeier c. Autriche*, § 237.

dans une situation inégalitaire qui ne lui permettait pas de contester la discrimination sexuelle qu'elle prétendait subir dans sa demande d'accès à l'emploi. Après avoir constaté que l'action en justice que la requérante entendait engager, visant à la réparation d'une discrimination sexuelle subie lors d'un recrutement, correspondait bien à une prétention défendable relativement à un droit matériel reconnu en droit interne, la Cour a considéré que l'article 6 § 1 était applicable car l'octroi de l'immunité avait constitué un obstacle procédural qui empêchait la requérante de saisir le tribunal du travail de son grief⁵⁹⁹. Dans ces conditions, la Cour européenne a donc logiquement pu examiner le litige sous l'angle de l'article 14. Tout comme le précédent, cet arrêt illustre l'idée développée ici, à savoir que dans la plus large majorité des décisions, l'article 14 tire avantage de l'interprétation généreuse du champ d'application de l'article de rattachement. Si accroissement du champ d'application il y a, l'article 14 en bénéficie par accessoire. Dans cette affaire, on le constate, l'élargissement du champ d'application du principe d'égalité établi par l'article 14 ne correspond à aucun phénomène d'autonomisation de cette disposition. Bien au contraire, l'instance européenne a opéré son contrôle sur le seul point pour lequel elle était effectivement compétente *ratione materiae* : celui de l'accès à un tribunal, lequel posait un problème de discrimination fondée sur la nature de l'employeur, et non celui de l'accès à l'emploi, lequel posait un problème de discrimination fondée sur le sexe. En effet, la seule interrogation à laquelle la Cour a répondu, ce fut bien entendu celle de savoir si la requérante avait été traitée d'une manière distincte dans son droit au recours ; et c'est sur ce terrain uniquement, qu'elle a bien voulu examiner la question d'une éventuelle inégalité de traitement fondée sur le sexe ou sur la nature de l'employeur⁶⁰⁰.

En bref, il importe de souligner que, le plus souvent, la juridiction européenne n'étend pas le champ d'application matériel de l'article 14 au-delà de ce que l'énoncé de cette disposition autorise ; ce dernier reste en rapport avec les droits et libertés que déclare le *corpus* conventionnel. De plus, dans ces affaires touchant à la matière sociale, l'article 14 s'applique bel et bien à un intérêt juridique correspondant à un droit reconnu par la Convention ; simplement, cette prétention juridique possède comme particularité d'avoir une double appartenance : l'une à l'égard d'une clause que déclare la Convention, l'autre à l'égard d'une clause inscrite dans un autre traité international.

⁵⁹⁹ CourEDH, *Fogarty c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, §§ 24-28.

⁶⁰⁰ Il est bien évident que la Cour était parfaitement consciente que la discrimination sexuelle ne se situait pas à ce niveau-là ; mais c'était sans doute une manière de répondre à la plainte de la requérante. Réponse qui a débouché sur l'inévitable constat qu'il n'y a eu à son encontre - sur la question du droit d'accès à un tribunal contre le refus d'un emploi par une ambassade - aucune différence de traitement à raison « du sexe, de la nationalité, du lieu de résidence, ou d'autres particularités ». Concernant « la restriction qui a frappé son droit d'accès à un tribunal » contre le refus d'un emploi par un employeur en général : la Cour donne une réponse lapidaire qui revient à dire que la possibilité ou non de saisir un tribunal du travail selon qu'il s'agit d'un employeur de droit commun ou selon qu'il est une ambassade n'est pas discriminatoire (voir le § 42 de l'arrêt ainsi que notre commentaire dans *L'Europe des Libertés*, n° 7, janvier 2002, p. 23).

L'argumentation vaut également pour l'accroissement du champ d'application de la Convention constaté au titre de l'article 1er du 1er Protocole additionnel garantissant le droit de propriété⁶⁰¹ ou celui de l'article 8 sauvegardant la vie privée et familiale⁶⁰². Fait marquant des démocraties modernes, le développement de l'État providence se caractérise par l'intervention croissante de ses pouvoirs publics, dont les décisions ont des incidences toujours plus fréquentes sur la vie privée et familiale ainsi que sur le patrimoine des individus⁶⁰³. Aussi, il n'est pas étonnant que les clauses de la Convention ayant trait à ces aspects-là de l'existence soient souvent impliquées par un tel interventionnisme étatique et qu'elles se présentent alors comme des "notions-clés"⁶⁰⁴ du droit de la Convention, laquelle paraît élargir sans cesse son champ d'application ou étendre le contenu des droits qu'elle énonce.

B. L'applicabilité de l'article 14 aux restrictions des droits reconnus

L'hypothèse qui sera maintenant analysée ne pose pas non plus de problème du point de vue de l'applicabilité de l'article 14. Il s'agit du cas où l'article 14 trouve à s'appliquer aux restrictions d'un droit garanti. L'application de l'article 14 à la liberté ainsi restreinte ne soulève aucune difficulté puisque, par définition, l'examen du caractère justifié d'une limitation ne peut avoir lieu que si, au préalable, les faits de la cause engagent une liberté garantie. Le fait est connu que, bien souvent, la Cour opère en deux étapes. Dans la première, elle recherche si elle se trouve en présence d'un droit énoncé par le traité européen. Dans la seconde, elle étudie si la restriction à ce droit est justifiée : soit en elle-même, dans le cadre d'un examen séparé, au regard du deuxième paragraphe des articles 8 à 11, par exemple ; soit par comparaison avec le traitement réservé à d'autres personnes, dans le cadre d'un examen

⁶⁰¹ Ainsi, dans l'affaire *Van Raalte c. Pays Bas*, 21 février 1997, il a été jugé que l'obligation de verser une cotisation sociale entre dans le champ d'application de l'article 1 § 2 du Protocole n° 1 au titre du « paiement des impôts ou d'autres contributions » ; voir J.-F. Flauss, « Fiscalité et droits substantiels garantis par la Convention européenne des droits de l'homme », *Les Petites Affiches* 1994, pp. 15-24.

⁶⁰² Constaté que l'article 8, isolément considéré, a fait l'objet d'une interprétation extensive est un lieu commun que décrit n'importe quel manuel traitant de la Convention. Cependant, les exemples que nous pourrions citer ne rentreraient pas dans la thématique que nous avons ici choisi : celle de l'élargissement des exigences des articles de la Convention, isolément considérés, et leur recoupement avec celles de la Charte sociale européenne. L'arrêt *Petrovic c. Autriche* du 27 mars 1998 est, certes, venu offrir une base différente des articles 6 et 1 Protocole n° 1 à l'introduction des prestations sociales au sein de la Convention. Mais, à la différence des exemples qui précèdent – dans lesquels les faits de la cause entraînent dans le champ de la Convention, soit isolément, soit par combinaison – dans cette affaire *Petrovic*, seule l'applicabilité combinée de l'article 14 avec un autre droit de la Convention est recevable (en l'occurrence, avec le droit au respect de la vie de familiale garanti par l'article 8). En effet, le droit à bénéficier d'une allocation sociale ne correspond pas à un droit qui est reconnu en tant que tel par l'article 8 s'il est considéré isolément. Cette hypothèse sera donc envisagée ultérieurement ; voir *infra* p. 239.

⁶⁰³ Pour une description de ce phénomène : D. Schnapper, *La démocratie providentielle – Essai sur l'égalité contemporaine*, Paris, Gallimard, 2002 (notamment le chapitre 1^{er}, pp. 35-83).

⁶⁰⁴ F. Sudre, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », *op. cit.*, pp. 759-760, §§ 8-9.

de l'article 14 combiné aux articles susmentionnés ; soit l'une après l'autre. Mais dans les deux cas, le juge exige d'être d'abord en présence d'une liberté formulée par la Convention.

Dans le rapport du 12 décembre 1966 qu'elle a rendu dans l'affaire *Grandath*, la Commission exprime clairement l'entrée en jeu de l'article 14 dans un tel cas de figure : « Chacun des articles 8 à 11 garantit ainsi, par son paragraphe 1, un droit déterminé ; mais il autorise dans son paragraphe 2 les Parties contractantes à apporter des restrictions à ce droit, sous certaines conditions. Lorsqu'elles font usage de cette possibilité d'apporter des restrictions à un droit protégé par la Convention, les Parties contractantes demeurent cependant liées par les dispositions de l'article 14. Imposée de façon discriminatoire, une restriction autorisée en elle-même par le paragraphe 2 de l'un des articles précités impliquerait donc une violation de l'article 14, considéré en liaison avec l'article en question »⁶⁰⁵.

Pour prendre un exemple banal tiré de la jurisprudence de la Cour, l'arrêt *Rekvényi c. Hongrie* du 20 mai 1999 peut être mentionné comme étant paradigmatique à cet égard. Il a trait à l'interdiction faite aux policiers de ce pays d'adhérer à un parti politique ; ces faits tombent clairement dans le champ d'application de l'article 10 protégeant la liberté d'expression et celui de l'article 11 sauvegardant la liberté d'association⁶⁰⁶, de sorte que l'article 14 trouvait à s'appliquer sans difficulté aucune. Après avoir examiné l'affaire sous l'angle des articles 10 et 11 considérés isolément⁶⁰⁷, la Cour a logiquement pu poursuivre son examen afin de déterminer si la différence de traitement dans la jouissance de ces deux libertés entre les citoyens ayant le statut de policier d'une part, et les citoyens ordinaires d'autre part, était comparativement objective et raisonnable⁶⁰⁸.

Pour prendre une illustration qui poursuit le précédent thème de l'interférence de la Convention en matière sociale, il est possible de citer l'arrêt *Gillow c. Royaume-Uni* du 24 novembre 1986⁶⁰⁹. Après avoir constaté que le droit au respect du domicile protégé par

⁶⁰⁵ ComEDH, *Grandath c. République Fédérale d'Allemagne*, rapport du 12 décembre 1966, req. n° 2299/64, § 38. Dans cette affaire, le requérant, membre de la secte des "Témoins de Jéhovah" et exerçant les fonctions de "directeur des études bibliques" se prétendait victime d'une discrimination contraire à l'article 14 combiné avec l'article 4 de la Convention en raison de ce que l'exemption du service militaire lui avait été refusée, à la différence des ministres des cultes catholique et protestant.

⁶⁰⁶ Concernant l'article 10, la Cour commence son raisonnement par le constat suivant : « La Cour tient pour acquis que la poursuite d'activités de nature politique relève de l'article 10, dans la mesure où la liberté du débat politique constitue un aspect particulier de la liberté d'expression » (§ 26). Concernant l'article 11, l'application de cette disposition est à ce point évidente qu'elle n'est pas contestée, ce qui permet à la Cour de commencer son raisonnement par le point de savoir si l'ingérence dans cette liberté est justifiée au regard du § 2 de cet article (§§ 52-62).

⁶⁰⁷ La Cour juge qu'il n'y a pas eu violation des articles 10 et 11 (§§ 20-62).

⁶⁰⁸ La Cour conclut à la non-violation de l'article 14 combiné aux articles 10 et 11 (§§ 63-68).

⁶⁰⁹ Cet arrêt est quelque peu différent des arrêts précédemment étudiés : il concerne la matière sociale, "en creux" en ce sens que la décision intègre le souci de justice sociale - en l'occurrence l'accès au logement - dans le cadre du contrôle des ingérences aux droits protégés par la Convention, pour estimer qu'une telle ingérence poursuit un but légitime si elle s'inscrit dans une politique de justice sociale. En l'espèce des difficultés de logement sur l'île de Guernesey justifient une « politique différenciée » entre les propriétaires immobiliers

l'article 8 de la Convention trouvait à s'appliquer à l'habitation en cause dans cette affaire, la Cour s'est interrogée sur le point de savoir si l'article 8 était violé de façon isolée par le refus des autorités britanniques, fondé sur les dispositions d'une loi sur le logement à Guernesey, d'accorder à des propriétaires le permis d'habiter leur maison, précédemment louée à des personnes agréées par les services du logement, alors même qu'après avoir vécu à l'étranger, ils souhaitaient s'installer sur l'île où ils n'ont pas d'autre domicile⁶¹⁰. La juridiction européenne s'est ensuite placée sur le terrain de l'article 14 combiné à l'article 8 pour examiner si, au surplus, la restriction en question n'était pas discriminatoire par rapport au traitement accordé à certains groupes de personnes auxquels il ne fallait pas de permis pour occuper une propriété, à savoir celles ayant des liens étroits avec l'île et les propriétaires de maisons dépassant une certaine valeur locative imposable⁶¹¹.

Pour conclure sur ce premier point, il convient de retenir qu'il résulte du caractère accessoire de l'article 14 que l'ampleur du domaine d'application du principe d'égalité consacré par cette disposition est liée à l'ampleur du domaine d'application de la liberté conventionnelle à laquelle elle se rattache. Premièrement, si l'interprétation de l'article de rattachement est large, alors l'applicabilité de l'article 14 profitera de cette "largesse". En d'autres termes, la jurisprudence relative au champ d'application matériel de l'article 14 de la Convention illustre cette idée selon laquelle l'accessoire suit le principal : pour une large part, l'élargissement du domaine d'application de l'article 14 reflète ni plus ni moins l'accroissement du champ d'application des autres articles de la Convention eux-mêmes. Deuxièmement, l'article 14 s'applique aux restrictions qui sont opérées en leur sein⁶¹². Dans ces deux cas de figure, l'entrée en jeu de ce dernier ne soulève aucune difficulté, contrairement à l'hypothèse qui va être examinée à présent, où la compréhension des raisons qui fondent l'applicabilité de l'article 14 est bien plus complexe.

§ 2. L'applicabilité de l'article 14 à des droits simplement contigus à la Convention

La Cour le répète régulièrement : l'article 14 possède, dans une certaine mesure, une portée autonome. Pour une autre part donc, si certaines situations tombent dans le champ de la Convention, c'est en application d'une idée que l'article 14 est le seul à protéger : celle d'égalité. De la même manière que protéger le droit à la liberté d'expression n'est pas la même chose que protéger le droit au respect de la vie privée, le droit garanti par l'article 14 ne

(§§ 64-67). Sur cette question en général : F. Sudre, « La protection des droits sociaux par la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 103-126 (voir notamment pp. 114-116).

⁶¹⁰ La Cour conclut à la violation de l'article 8, considéré séparément (§§ 43-62).

⁶¹¹ La Cour conclut à l'absence de violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 (§§ 63-67).

⁶¹² Quand bien même le juge a pu - au préalable, sous l'angle d'un examen isolé - conclure à la non-violation de l'article de rattachement.

se résume pas aux autres droits garantis par la Convention. Si l'article 14 protège un objet qui est original, s'il sauvegarde un objet qui ne s'épuise pas dans les autres droits de l'instrument conventionnel, il est donc naturel que cette spécificité trouve une traduction lorsqu'il s'agit d'en déterminer le champ d'application. En bref, après avoir examiné le caractère "accessoire" du champ d'application matériel de l'article 14, il convient maintenant d'examiner la part d' "autonomie" du domaine d'application de cette disposition : si l'étendue du champ d'application du droit à la non-discrimination de l'article 14 doit recouper celle des autres droits énoncés par le traité (logique de l'accessoire), ce n'est que jusqu'à un certain point (logique de l'autonomie), car l'idée d'égalité que contient cette disposition lui permet de légèrement déborder le domaine d'application de ces autres droits et d'atteindre des droits qui sont, pour ainsi dire, contigus à la Convention européenne des droits de l'homme.

Seule la Commission s'est essayée, dans la très célèbre *Affaire linguistique belge*, à expliquer dans quelle mesure l'article 14 possédait un caractère autonome. Telle qu'elle a été subtilement résumée⁶¹³ dans l'arrêt rendu par la Cour dans cette affaire, l'argumentation de la Commission manifeste une intuition sur le rôle spécifique que remplit le principe de non-discrimination de l'article 14, qui se révèle être d'une grande justesse de vue : de l'avis de la Commission, « l'article 14 revêtirait "une importance particulière par rapport aux clauses" qui "ne définissent pas avec précision les droits" qu'elles consacrent, mais "laissent aux États une certaine marge d'appréciation en ce qui concerne l'accomplissement de leurs engagements", "autorisent des restrictions ou exceptions aux droits garantis" ou "abandonnent aux États, jusqu'à un certain point, le choix des moyens propres à réaliser un droit". Il aurait "trait aux modalités ou à l'étendue de la jouissance de droits et libertés énumérés dans d'autres textes". "Des mesures différentes prises par un État envers différentes parties de son territoire ou de sa population" pourraient donc, bien que compatibles avec l'article qui protège le droit considéré, entraîner un manquement aux exigences de la Convention "si l'on apprécie la conduite de l'État sous l'angle de l'article 14" »⁶¹⁴. Il est d'ailleurs assez surprenant que cette explication de la fonction propre à l'article 14 reste assez inaperçue des commentateurs rendant compte de cette disposition ; alors, pourtant, qu'elle a été présentée dans l'affaire qui est

⁶¹³ Qu'il nous soit permis de rendre, ici, un hommage à la plume de Marc-André Eissen. Le passage que nous allons reproduire porte, en effet, la marque de celui qui fut le greffier de la Cour européenne des droits de l'homme de 1968 à 1994 et qui a joué un grand rôle dans la qualité rédactionnelle des arrêts de la Cour. Cet abrégé de la position de la Commission est la manifestation de la grande capacité de synthèse qui était celle de Marc-André Eissen, alors greffier-adjoint, qui parvient à clarifier et à donner une cohérence générale aux arguments de la Commission qui, dans cette affaire, ne sont pas toujours des plus intelligibles. Cet extrait est, en effet, exactement celui que l'on retrouve dans un article qu'il a écrit le 12 juin 1968, à peine six semaines avant l'arrêt sur le fond de l'*Affaire linguistique*, intitulé : « L'autonomie de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à Polys Modinos*, Paris, Pedone, 1968, p. 122-145 (voir p. 142).

⁶¹⁴ CourEDH, *Affaire linguistique belge*, précit., *Série A* n°5, p. 28 ; voir aussi, *Série B*, § 400, p. 306.

inaugurale pour l'interprétation de l'article 14 et qu'elle a amplement été illustrée par la pratique jurisprudentielle par la suite⁶¹⁵.

Comme le suggère la Commission, l'article 14 de la Convention a aussi vocation à s'appliquer à des droits connexes à la Convention. C'est un fait qui découle de l'obligation d'égalité elle-même, de son contenu propre. Ce n'est là rien d'autre que le résultat de la structure de la norme que renferme l'article 14, consistant à exiger un caractère comparativement objectif et raisonnable à tout acte de dissociation ou d'association des sujets de droit⁶¹⁶ qui concerne l'exercice des libertés que déclare la Convention, y compris l'acte de dissociation ultime : en l'occurrence, celui qui fait le départ entre les situations individuelles qui tombent dans le champ d'application de la Convention et celles qui en sont exclues. Cette distinction-là fait partie intégrante du champ d'application matériel de l'article 14⁶¹⁷. Pour le comprendre, rappelons que l'impératif d'égalité oblige à comparer⁶¹⁸, et prenons l'exemple suivant. Admettons qu'un État accorde un droit, couvert par la Convention, à une personne A et, pour certaines raisons, refuse ce droit à une personne B. En application du principe d'égalité, A et B seront en droit de comparer leur situation respective : l'individu B pourra éventuellement exiger que le juge contrôle si l'écart entre l'étendue de liberté accordée à l'individu A et la sienne est comparativement justifié au regard du droit qu'il tient de l'article 14, autrement dit si les raisons qui motivent la différence de traitement sont objectives et raisonnables. Ce qu'il convient de souligner, c'est que le lien qui est établi entre le droit de A et l'absence de droit de B fait partie intégrante du champ d'application de l'article 14. Qu'il n'y ait aucune méprise sur la teneur de cette démonstration : le point ici en débat n'est pas de savoir si l'écart de liberté entre A et B est, ou non, justifié. Il se peut, en effet, très bien qu'il y ait conformité à l'article 14 ; autrement dit, que A bénéficie légitimement de la protection de la Convention, et que B en soit légitimement exclu ; là n'est pas la question. Le point qu'il importe de mettre en lumière, c'est que l'article 14 est applicable au rapport de comparaison entre l'intérêt juridique de A et celui de B. Or, moins un droit est absolu, plus on est loin de son épïcêtre, plus il admet des distinctions, plus les frontières qui le dessinent sont

⁶¹⁵ Puisque les cas jurisprudentiels de violation de l'article 14 concernent le plus souvent des intérêts juridiques dont l'appartenance à la Convention n'est pas immédiatement évidente, mais concerne effectivement la frontière des droits.

⁶¹⁶ Ou, pour le dire autrement : tout traitement différent (fractionnement) ou traitement identique (regroupement) des sujets de droit ; cf. *supra* nos développements théoriques, notamment p. 152.

⁶¹⁷ En effet, il convient de rappeler que celui-ci est formé par la réunion du champ d'application matériel de la liberté conventionnelle en cause, et de ce que nous avons décrit comme le champ d'application formel de l'idée d'égalité ; l'expression consacrée selon laquelle l'article 14 « se combine » ou se « lit conjointement » avec un autre article substantiel de la Convention est donc plus qu'une formule procédurale, elle renvoie à une vérité de fond. Or, en se combinant, ces deux logiques s'additionnent pour ainsi dire : la seconde « augmente » la première. Dans ces conditions, si le champ d'application matériel de l'article d'égalité est plus large que le champ d'application matériel des articles de libertés, c'est pour des raisons structurelles. L'étendue matérielle de l'article 14 porte donc intrinsèquement sur des droits contigus à la Convention.

⁶¹⁸ En ce sens également : M. Banton, « Discrimination Entails Comparison », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 107-117.

nombreuses, et plus il est important que sa relativisation s'opère conformément à des critères comparativement objectifs et raisonnables, en d'autres mots, plus le principe de non-discrimination possède un rôle à jouer.

Voilà pourquoi ce rôle est encore plus crucial lorsque les délimitations de la Convention sont floues. Un problème vient, en effet, quelque peu brouiller ce tableau, à savoir que les frontières qui démarquent, d'un côté, le champ et, de l'autre, le hors-champ de la Convention, ne sont pas définies *a priori* avec précision. Dans la mesure où l'idée d'égalité appelle la comparaison des situations par-delà les séparations et requiert la justification des distinctions, y compris la délimitation ultime susdite, il est naturel de considérer les droits qui se trouvent dans cette zone d'indétermination comme étant contenus dans le champ d'application de l'article 14 car la solution inverse reviendrait à le priver d'une grande partie de son effet utile.

Dans ces conditions, nous examinerons l'applicabilité de l'article 14 aux droits connexes à la Convention en tant qu'ils sont rattachables par comparaison, par-delà la frontière de la Convention, avec un droit consacré par celle-ci à partir des deux angles d'attaque suivants : d'abord les droits contigus à une frontière qui est précisément déterminée (A), ensuite les droits contigus à une frontière qui n'est pas exactement définie (B).

A. L'applicabilité de l'article 14 à des droits clairement contigus

Nous l'avons déjà suggéré, si le champ d'application matériel de l'article 14 protégeant l'égalité est plus large que le champ d'application matériel des articles de la Convention protégeant des libertés, c'est pour des raisons internes au concept d'égalité que renferme cette disposition. La compréhension d'un tel phénomène est assez délicate. Quelques exemples tirés de la jurisprudence de la Cour européenne permettront cependant d'éclaircir la question. Le premier d'entre eux sera sélectionné pour sa valeur didactique (et à cette même fin, sera complété par un exemple fictif). Au surplus, ils auront tous également une valeur illustrative de l'application de l'article 14 en matière sociale (et à ce titre, poursuivront cet autre fil directeur qui a été choisi pour décrire le domaine d'application de l'article 14).

L'arrêt *Van der Musselle c. Belgique* du 23 novembre 1983 est topique à cet égard. En l'espèce, un avocat stagiaire estimait que l'obligation qui lui était faite par la réglementation belge sur la commission d'office d'assurer la défense d'un prévenu sans rémunération ni même remboursement des frais, constituait un travail forcé incompatible avec l'article 4 § 2, selon lequel « nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire ». De surcroît, il se disait victime d'une discrimination, contraire à l'article 14, par rapport à d'autres professions, notamment judiciaires et para-judiciaires, qui bénéficieraient, quant à elles, d'une prise en charge de leurs dépenses dans des circonstances qu'il considérait

similaires.

À propos du premier grief, la Cour s'est essayée à définir la notion de « travail obligatoire » que prohibe l'article 4 § 2 de la Convention : faisant notamment référence aux normes élaborées au sein de l'Organisation internationale du Travail, le juge européen a tenté de dégager les éléments qui distingueraient un tel labeur d'un travail ordinaire, puis les a ensuite confrontés aux circonstances de la cause. La juridiction européenne en déduit que le service exigé ne sortait pas du cadre des activités normales d'un avocat, qu'il servait l'intérêt général en ce qu'il concourait à la formation du requérant et qu'il constituait un moyen d'assurer à un prévenu le bénéfice de l'article 6, sans imposer un fardeau de travail disproportionné ; la Cour achève son raisonnement en concluant qu' « il ne s'agissait donc pas d'un travail obligatoire au sens de l'article 4 § 2 de la Convention »⁶¹⁹. En d'autres mots, la prétention avancée par le requérant en l'espèce n'est pas couverte par cette disposition : le droit que sauvegarde la Convention à cet article ne s'étend pas aussi loin qu'il le soutenait. La revendication en question ne correspond donc à aucun intérêt juridique protégé par le traité, à aucun droit garanti par la Convention telle qu'interprétée par le juge européen. Elle a simplement pour particularité d'être dans un rapport de proximité avec un droit reconnu.

À propos du second grief, excipant du droit à l'égalité de traitement, le juge de Strasbourg développe une argumentation qui mérite l'attention : « Comme la Cour n'a constaté en l'occurrence nul travail forcé ou obligatoire au sens de l'article 4, il échet de se demander si la matière du litige n'échappe pas entièrement à l'empire de ce texte et, par voie de conséquence, de l'article 14. Pareil raisonnement se heurterait pourtant à une objection majeure. Parmi les critères servant à délimiter la notion de travail obligatoire figure l'idée de normalité. Or un travail normal en soi peut se révéler anormal si la discrimination préside au choix des groupes ou individus tenus de le fournir, ce qu'affirme précisément l'intéressé. Il n'y a donc pas lieu d'écarter en l'espèce l'applicabilité de l'article 14 »⁶²⁰. En d'autres termes, l'article 14 trouve à s'appliquer alors même que l'intérêt en cause n'a pas été jugé comme étant couvert par l'article 4 de la Convention. Réitérons en effet que, strictement considéré, l'intérêt juridique invoqué dans cette affaire – bien que contigu à la Convention – sort du domaine couvert par le traité européen⁶²¹ : telle est « l'objection majeure » à une éventuelle application de l'article 14 dont parle la Cour dans un premier mouvement de son

⁶¹⁹ CourEDH, *Van der Musselle c. Belgique*, 23 novembre 1983, § 40. La Cour ajoute même dans la foulée que « cette conclusion dispense la Cour de rechercher si le travail en question puisait de toute manière une justification dans l'article 4 § 3 d) en tant que tel » (§ 41) et selon lequel « N'est pas considéré comme "travail forcé ou obligatoire" au sens du présent article : [...] tout travail ou service formant partie des obligations civiles normales ».

⁶²⁰ *Ibid.*, § 43.

⁶²¹ Il sort du domaine couvert par la Convention pour autant que cette dernière est décrite du point de vue des libertés isolément considérées ; mais il n'en sort pas si la description de son champ d'application prend en compte l'article 14 car, dans ce cas là, nous allons le démontrer, l'intérêt juridique en question fait partie intégrante du domaine d'application de l'article 14, et donc du domaine de compétence de la Convention.

raisonnement ; et pourtant, dans un second mouvement, la Cour écarte cet obstacle et juge l'article 14 applicable.

Ce constat de l'applicabilité de l'article 14 est en cohérence avec la logique de cette disposition et s'explique donc rationnellement. En tant qu'il a pour objet d'interroger les fondements d'une distinction, de contrôler la pertinence d'une différenciation, de veiller au respect de la qualité d'un rapport de comparaison entre plusieurs individus, le principe d'égalité de l'article 14 a vocation à s'appliquer à toutes les distinctions qui sont faites à l'intérieur du champ d'application des droits et libertés consacrés par la Convention, mais aussi et surtout à la distinction ultime : celle qui fait choir une situation individuelle dans le champ de la Convention et une autre situation individuelle hors du champ de la Convention. Répétons que cette frontière-là fait partie intégrante du champ d'application de l'article 14. Le partage qui en résulte doit, lui aussi, reposer sur un fondement objectif et raisonnable. Il se peut d'ailleurs très bien que ce soit le cas, mais là n'est pas la question qui étudiée ici. Ce qu'il importe de montrer, c'est qu'au regard de l'objet qu'il protège, l'article 14 s'applique légitimement à cette séparation-là.

La manière dont la haute juridiction motive son jugement aide à le comprendre : si une personne ou un groupe de personnes subit une discrimination dans la jouissance d'un droit contigu à la Convention, cette rupture d'égalité ne reste pas sans incidence sur la signification qu'a le droit reconnu par la Convention. L'argumentation du juge européen fait remarquablement apparaître le phénomène selon lequel une discrimination opérée aux marges de la Convention a, en quelque sorte, pour effet de "redéfinir" les marges en question : en soi, un travail peut être considéré comme normal ; par comparaison aux conditions de travail réservées à d'autres, ce même travail peut apparaître comme anormal. En d'autres termes, si l'intervention d'un État porte sur un intérêt juridique qui jouxte la Convention et que cet agissement est discriminatoire, alors cette inégalité de traitement entre le droit reconnu des uns, augmenté de l'intérêt juridique connexe, et le droit reconnu des autres, qui ne bénéficient pas d'une telle augmentation, a pour conséquence que le droit reconnu aux uns et aux autres n'a pas le même poids si on les compare entre eux. Ce qui signifie qu'une discrimination périphérique à un droit garanti peut avoir des répercussions sur la signification de la jouissance du droit garanti lui-même. D'une certaine manière, la discrimination a donc aussi lieu dans la jouissance d'un droit reconnu par la Convention, de sorte que la lettre de l'article 14 est bel et bien respectée. La perspective comparatiste inhérente à l'égalité a d'une certaine manière pour effet de rendre indissociable le droit reconnu et l'intérêt juridique additionnel qui s'y rattache : les raisons qui fondent la distinction entre les droits reconnus et les droits exclus doivent être objectives et raisonnables, faute de quoi la signification de la jouissance du droit reconnu n'a comparativement pas le même poids dans le chef respectif des uns et des autres.

Ceci explique que le principe de non-discrimination de l'article 14 soit applicable à des droits qui, en tant que tels, ne sont certes pas garantis par la Convention, mais qui, dans la

perspective comparatiste inhérente à cette disposition, deviennent indissociables des droits conventionnels avec lesquels ils sont en lien. Un tel constat reflète la part d'autonomie du champ d'application matériel de cette clause. Cette part d'autonomie découle de la logique interne du droit à la non-discrimination posé par l'article 14. Il nous semble qu'elle n'est donc, dans la grande majorité des cas, en rien le résultat d'un acte de pure volonté du juge européen, lequel aurait discrétionnairement décidé d' "autonomiser" l'article 14, comme on le laisse peut-être entendre parfois⁶²².

Précisons que dans l'affaire *Van der Musselle*, la Cour a estimé que la différence de traitement entre le barreau et les diverses professions auxquelles le requérant se comparait était justifiée : « la Cour n'aperçoit donc pas de violation des articles 14 et 4 combinés »⁶²³ conclut-elle alors. Mais, il faut le redire, là n'est pas le point étudié ; ce qui nous retient dans cette affaire, c'est d'abord le constat de l'applicabilité de l'article 14 à un intérêt juridique connexe à la Convention, et ensuite le raisonnement de la Cour, en ce qu'il fait assez bien ressortir les raisons pour lesquelles le droit à l'égalité de traitement de l'article 14 possède un champ d'application matériel plus large que les autres droits.

Pour le saisir entièrement : partons des faits qui sont à l'origine de cette affaire *Van der Musselle*, forçons le trait et imaginons des circonstances qui auraient pu pousser la Cour à juger qu'elle se trouvât en présence d'une discrimination, à la différence de ce qui s'est réellement passé. À des fins pédagogiques, faisons l'hypothèse pleinement imaginaire et volontairement caricaturale qu'en l'espèce, seuls les avocats stagiaires de peau noire aient été privés d'un remboursement de leurs frais. La situation aurait alors été la suivante : d'un côté, les avocats stagiaires blancs dont le service aurait été rémunéré ; de l'autre, les avocats stagiaires noirs dont le travail n'aurait pas été payé. Ces derniers n'auraient bien évidemment pas manqué d'invoquer, d'une part, la violation de l'article 4 au motif que le service qu'ils fournissent n'est pas rémunéré ainsi que, d'autre part, la violation de l'article 14 en raison de la discrimination qu'ils subissent par rapport aux avocats stagiaires blancs.

Concernant le moyen invoquant la liberté garantie par l'article 4. Si l'on transpose la solution de l'arrêt *Van der Musselle* dans notre exemple, la commission d'office non rémunérée d'un avocat stagiaire n'est, par elle-même, pas un travail obligatoire au sens de l'article 4 de la Convention. Comme cela vient d'être signalé, la Cour s'est refusée de procéder à une extension du contenu du droit reconnu par l'article 4 telle qu'elle obligerait de rétribuer les conseils fournis dans le cadre de l'assistance judiciaire. Isolément considérés, les avocats noirs de cette fiction se verraient donc dénier un tel accroissement de l'étendue de l'article 4. Isolément considérés – c'est-à-dire sans connaître ou sans se préoccuper du régime

⁶²² F. Sudre, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », *op. cit.*, pp. 769-770, § 26 ; S.-J. Priso Essawe, « Les droits sociaux... », *op. cit.*, pp. 721-736.

⁶²³ CourEDH, *Van der Musselle*, précit., § 46.

dont bénéficient les autres avocats – les avocats de cet exemple imaginaire ne bénéficieraient conséquemment pas de la protection de cette disposition. Cependant, nous l’avons expliqué, le fait que la question de la rémunération ou non de l’assistance judiciaire ne soit, en tant que telle, pas reconnue par l’article 4 et sorte ainsi du champ d’application de cette clause isolément considérée, ne fait néanmoins pas obstacle à l’applicabilité de l’article 14 combiné avec l’article 4 dans la mesure où elle lui est immédiatement connexe.

Concernant donc le moyen relatif à l’égalité, telle qu’énoncée par l’article 14. Observée de manière comparée, c’est-à-dire par comparaison avec le traitement dont bénéficient les avocats stagiaires de couleur blanche, cette question rentrerait pleinement dans le champ d’application matériel de l’article 14 combiné avec l’article 4 ; elle n’échapperait pas entièrement à l’empire de cette dernière disposition, selon le vocabulaire employé par la Cour. Le fait d’imaginer une inégalité aussi grossière que la discrimination raciale prise en exemple contribue à faire comprendre les enjeux réels et les raisons profondes qui font que le champ d’application matériel de l’article 14 est légèrement plus large que le champ des autres articles de la Convention. En effet, dans cette hypothèse raciste, le constat de la violation du principe d’égalité serait vite établi : par comparaison avec le privilège réservé aux Blancs, par comparaison avec l’intérêt juridique dont ces derniers bénéficient, le traitement défavorable appliqué aux Noirs formerait une discrimination contraire à l’article 14. Une telle distinction ne reposerait assurément pas sur un fondement objectif et raisonnable : le critère de la race n’étant absolument pas pertinent au regard du but poursuivi par la commission d’office. Dès lors, le labeur exigé des avocats stagiaires noirs ne pourrait rétrospectivement plus être regardé de la même manière : il serait, comme annoncé par la Cour, regardé comme un travail anormal contraire à l’article 4. De la sorte, redisons-le, c’est le droit reconnu lui-même qui ne peut, après coup, plus avoir les mêmes frontières.

Cet exemple outrancier le fait bien sentir : en soi, le droit à être rémunéré pour les services fournis dans le cadre de l’aide judiciaire n’est pas garanti par la Convention européenne des droits de l’homme ; cependant, cette exclusion vaut dans l’absolu (c’est-à-dire absolu, qui envisage le cas d’espèce isolément, de manière solipsiste). Or, la perspective du droit que protège l’article 14 est, non pas absolue, mais relative (c’est-à-dire sociale, qui envisage le cas d’espèce en relation avec autrui, de manière comparée). Autrement dit, cette exclusion du champ de la Convention qui est énoncée dans une perspective solipsiste (isolée ou absolue) n’a de valeur que si sa reconduction dans une perspective relative (comparée ou sociale) repose sur un fondement objectif et raisonnable. Voilà pourquoi il est important que le champ d’application de l’article 14 soit, pour ainsi dire, “à cheval” sur la frontière de la Convention et s’applique par conséquent à des intérêts juridiques périphériques au traité, dont l’exclusion est, en quelque sorte, suspendue au caractère objectif et raisonnable d’une telle délimitation.

En définitive, les explications apportées par la Commission et la Cour, dès 1968, dans la fameuse *Affaire linguistique belge* recelaient déjà, de façon plus intuitive, les linéaments de

ce que nous venons de développer. Rappelons un des exemples qui ont été cités au cours de la procédure ayant mené à l'arrêt du 23 juillet 1968 : « L'article 6 n'astreint pas les États à instituer un double degré de juridiction. L'État qui établit des cours d'appels va par conséquent au-delà des obligations dérivant de l'article 6. Il violerait pourtant l'article 6, combiné avec l'article 14, s'il refusait cette voie de recours à certains sans raison légitime alors qu'il l'ouvrirait à d'autres pour la même catégorie de litiges »⁶²⁴. Cette hypothèse illustre la même idée que le raisonnement suivi par la Cour dans l'affaire *Van der Musselle*. Comme on peut également le voir avec cet exemple, une discrimination exercée dans la jouissance d'un intérêt juridique immédiatement connexe à un droit reconnu par la Convention a des répercussions sur la jouissance de ce dernier ; ces répercussions ont pour effet de transporter la discrimination dans l'exercice du droit garanti lui-même. Dans un cas, l'accès au tribunal consacré par l'article 6 est un recours de la dernière chance, dans l'autre il n'est qu'un premier essai. Il n'a donc plus le même poids dans le chef des uns et des autres. Pour éviter une telle situation, l'article 14 doit pouvoir "enjamber" la frontière de la Convention : en application de cette disposition, l'organe de contrôle du traité européen doit pouvoir comparer, d'une part, le droit sans valeur ajoutée des uns, et, d'autre part, le droit avec valeur ajoutée des autres. Ici non plus, cela ne signifie pas qu'un État ne puisse jamais ouvrir un droit d'appel à certaines personnes et le refuser à d'autres ; cependant, il faut que les raisons qui fondent cette distinction soient comparativement objectives et raisonnables⁶²⁵ ; pour cela, l'article 14 doit pouvoir être déclaré applicable à une telle situation⁶²⁶.

Cette analyse pourrait être reconduite dans de nombreuses décisions rendues par les organes de contrôle strasbourgeois. Ainsi, la jurisprudence *Gaygusuz*, poursuivie par les arrêts *Wessels-Bergervoet*⁶²⁷, *Willis*⁶²⁸ et *Koua Poirrez*⁶²⁹ – pour reprendre la thématique des décisions combinant l'article 14 à des droits sociaux – relève de cette même logique. Dans

⁶²⁴ CourEDH, *Affaire linguistique belge*, précit., p. 33. Remarquons qu'il eut été plus régulier d'affirmer qu'il violerait l'article 14, combiné avec l'article 6 plutôt que « l'article 6, combiné avec l'article 14 » (*ibid.*).

⁶²⁵ Il se peut très bien que les uns et les autres soient respectivement dans une situation qui justifie une telle différence de traitement dans la jouissance d'un droit immédiatement connexe à un droit reconnu par la Convention ; or, s'il n'y a pas de discrimination à la périphérie du droit, il n'y en a pas non plus par répercussion, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de discrimination dans la jouissance du droit reconnu par la Convention. Dans ce cas alors, on peut dire que le poids du droit reconnu par la Convention, dans le chef des uns et des autres, est équivalent ; nous admettons qu'il est différent, mais il est, lui aussi, légitime ; autrement dit, il n'y a pas d'inégalité dans la jouissance du droit reconnu par la Convention ; il ne s'agit pas d'une différence de traitement déraisonnable.

⁶²⁶ Voir en ce sens, ComEDH., décision du 1^{er} novembre 1986, req. n° 11949/86, *D&R* n° 51, p. 195 : au terme de cette sentence, il n'est pas discriminatoire d'exclure l'appel de décisions rendues selon une procédure rapide par les tribunaux inférieurs dont la compétence est limitée à une certaine valeur litigieuse (article 14 combiné à l'article 6 et à l'article 1^{er} du Protocole n° 1).

⁶²⁷ CourEDH, *Wessels-Bergervoet c. Pays-Bas*, 4 juin 2002.

⁶²⁸ CourEDH, *Willis c. Royaume-Uni*, 11 juin 2002 ; voir notre commentaire de cette décision, ainsi que de la précédente, dans *L'Europe des libertés*, septembre 2002 n° 9, pp. 29-30.

⁶²⁹ CourEDH, *Koua Poirrez c. France*, 30 septembre 2003, §§ 36-42 ; la Cour considère de manière explicite qu'une prestation sociale non contributive tombe dans le champ d'application de l'article 14 combiné avec l'article 1^{er} du Protocole n° 1.

l'affaire *Gaygusuz c. Autriche* du 16 septembre 1996, le requérant, ressortissant turc, se plaignait de ce que les autorités autrichiennes refusaient de lui attribuer une avance sur pension sous forme d'allocation d'urgence, au seul motif qu'il n'avait pas la nationalité autrichienne requise par la loi pour bénéficier de cette prestation sociale, destinée à assurer un revenu minimum vital aux demandeurs d'emploi ayant épuisé leurs droits aux allocations de chômage. Il alléguait donc d'une discrimination fondée sur la nationalité contraire à l'article 14 combiné avec l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole additionnel. L'ambiguïté qui caractérisait l'affaire *Gaygusuz* provenait de ce que la prestation en cause dans l'affaire autrichienne empruntait à la fois à une prestation de sécurité sociale⁶³⁰ et à une prestation d'assistance sociale⁶³¹.

La Cour a jugé qu'en l'espèce, l'article 14 trouvait bien à s'appliquer sans user de cette ambiguïté : elle n'a pas cédé à la facilité qui aurait été de ne relever que l'aspect originellement contributif de l'intérêt juridique en cause dans cette affaire ; bien au contraire, elle a tenu à souligner que ce n'était pas, là, l'argument principal et que si la prestation sociale en cause dans cette espèce tombe dans le champ d'application de l'article 14 combiné à l'article 1^{er} du Protocole n° 1, c'est en raison de son seul caractère patrimonial. La Cour affirme en effet que « le droit à l'allocation d'urgence – dans la mesure où il est prévu par la législation applicable – est un droit patrimonial au sens de l'article 1 du Protocole n° 1. Cette disposition s'applique par conséquent sans qu'il faille se fonder uniquement sur le lien qui

⁶³⁰ D'un côté, elle s'apparentait effectivement à une indemnité d'assurance-chômage car, pour en bénéficier, il fallait antérieurement avoir été en situation de toucher des indemnités de chômage : la Cour note que « le droit à l'attribution de cette prestation sociale est donc lié au paiement de contributions à la caisse d'assurance chômage, condition préalable au versement des allocations chômage. Il s'ensuit que l'absence de paiement de contributions exclut tout droit à l'attribution de l'allocation d'urgence » (§ 39 de l'arrêt). Dans cette hypothèse, on se trouve en effet dans une configuration classique de l'applicabilité de l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole additionnel, de sorte que l'applicabilité de l'article 14 combiné avec ledit Protocole ne pose pas de problème. Aux yeux de la Commission, il était en effet acquis, depuis les années 1970, donc de façon bien antérieure à l'arrêt *Gaygusuz*, que l'article 14 combiné à l'article 1 du Protocole n° 1 peut éventuellement trouver à s'appliquer aux droits à la sécurité sociale : le versement de cotisation obligatoire à une caisse de pension peut, dans certaines circonstances, créer un droit de propriété sur une partie de ces fonds permettant l'applicabilité de l'article 14 sur le terrain du 1^{er} Protocole, cela en raison de la nature contributive de la prestation en question, c'est-à-dire du lien entre contribution et allocation. Comme on a pu le faire remarquer à propos de cette affaire, d'une certaine manière, « le requérant est donc assujéti à cette allocation parce qu'ayant constitué, en quelque sorte, un patrimoine par ses cotisations préalables » (S.-J. Priso Essawe, « Les droits sociaux et l'égalité de traitement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – À propos des arrêts *Van Raalte c. les Pays-Bas* et *Petrovic c. l'Autriche* », *RTDH* 1998, précit., p. 726). Si tel était le cas, l'application de l'article 14 ne prêterait pas à discussion : le 1^{er} Protocole additionnel s'appliquant, l'article 14 s'appliquerait alors aussi ; mais la situation était plus complexe.

⁶³¹ D'un autre côté, en effet, l'allocation en question se rapprochait d'une mesure sociale de solidarité, puisque, pour la percevoir, il fallait précisément se trouver dans la situation d'avoir épuisé ses indemnités d'assurance-chômage : le subsidie n'était donc plus la contrepartie d'un quelconque versement. Il n'y avait aucune propriété à faire valoir. Dans cette hypothèse, on se trouve alors confronté à une situation où l'article 1^{er} du Protocole additionnel est, en lui-même, inapplicable. Comme on a également pu le faire remarquer, cet article ne consacre pas de droit à des prestations d'urgence (F. Sudre, « La perméabilité... », *op. cit.*, § 15, p. 475). Ce constat fait-il pour autant obstacle à l'applicabilité de l'article 14 combiné à l'article 1^{er} du Protocole additionnel ? La réponse est négative, comme nous allons le voir.

existe entre l'attribution de l'allocation d'urgence et l'obligation de payer "des impôts ou autres contributions" »⁶³². Cet arrêt appelle les observations suivantes.

Isolément considéré, l'article 1^{er} du Protocole additionnel ne donne aucun droit à obtenir des prestations sociales ; envisagé séparément, il ne déclenche pas une obligation à la charge de l'État d'octroyer des subsides du type de ceux en cause dans cette espèce. Isolément considéré, il est un droit qui sort du champ d'application du Protocole additionnel. En revanche, la situation est tout autre s'il est lu conjointement avec l'article 14. Celle-ci se présente comme suit : d'un côté, les personnes qui ont légalement obtenu les aides sociales en question et qui ont, une fois les sommes correspondantes versées dans le patrimoine des intéressés, un droit de propriété à faire valoir sur ces dernières ; de l'autre, les personnes qui se sont vu refuser lesdites allocations par le droit interne autrichien et qui n'ont conséquemment aucun droit de propriété à faire valoir. En application de l'article 14 combiné avec l'article 1 du 1^{er} Protocole additionnel⁶³³, le juge est autorisé à interroger cette distinction : il est en droit de comparer le droit de propriété des uns, lequel inclut l'argent issu des aides sociales en question, et le droit de propriété des autres, lequel ne les contient par définition pas. En décidant d'agir sur la propriété des nationaux – insistons sur le fait que cette action étatique ne découle d'aucune obligation issue de la Convention – l'État autrichien avait alors l'obligation – qui, quant à elle, résulte de l'article 14 de la Convention combiné à l'article 1^{er} Protocole n° 1 – de comparer, en la matière, le traitement réservé aux nationaux par rapport à celui destiné aux étrangers. Cet exemple le fait très bien sentir, lui aussi : la combinaison de l'impératif d'égalité avec un droit de la Convention permet en quelque sorte de passer par-dessus la frontière de la Convention puisqu'elle autorise, à partir du "droit conventionnel non-majoré" des uns, en l'occurrence les étrangers, d'atteindre, par le biais de l'acte de comparaison, le "droit conventionnel majoré" des autres, en l'occurrence les nationaux autrichiens. En application de l'article 14, le juge est fondé à examiner si l'écart qui existe entre le droit de ceux-ci par rapport au droit de ceux-là repose sur un fondement objectif et raisonnable⁶³⁴.

Pour conclure sur l'arrêt *Gaygusuz* : au regard des arguments développés sur la structure du champ d'application matériel de l'article 14, cette décision n'est en aucun cas une

⁶³² CourEDH, *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, § 41.

⁶³³ Une très légère critique de l'arrêt *Gaygusuz* quant à la forme : si, comme la Cour le prétend, ce n'est pas l'aspect contributif du problème qui a compté de sorte qu'il n'existait aucun droit de propriété préexistant ; autrement dit, si l'article 14 a vocation à s'appliquer bien que l'on se trouve en présence d'une mesure sociale de solidarité sortant du champ du 1^{er} Protocole, alors il est méthodologiquement plus juste, au regard ce qui précède, d'affirmer que l'intérêt juridique en cause tombe dans le champ d'application de l'article 14 combiné à l'article 1^{er} du Protocole n° 1, plutôt que d'affirmer – comme le fait la Cour – que c'est l'article 1^{er} du Protocole n° 1 qui s'applique, sans autres précisions. Si celui-ci trouve à s'appliquer, c'est uniquement de manière conjointe à l'article 14. Plus exactement donc, c'est le droit de l'article 14 que l'on applique, sur le terrain (élargi par comparaison) de l'article 1^{er} ; mais il n'en reste pas moins que c'est l'article 14 qui est l'article principal. La formule idoine se présente donc comme suit : l'article 14 s'applique en combinaison avec l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole additionnel.

⁶³⁴ En l'espèce, la réponse apportée était négative : CourEDH, *Gaygusuz*, précit., § 52.

résolution prétorienne consistant à élargir de façon purement discrétionnaire le champ d'application de l'article 14. En prononçant l'applicabilité de l'article 14, le juge européen ne cède à aucune tentation d'activisme judiciaire visant à transformer l'article 14 en une clause générale d'égalité telle que celle que consacre l'article 26 du Pacte des Nations Unies ou l'article 1^{er} du Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme. Bien au contraire, la haute juridiction concrétise de manière régulière la norme formulée par le texte de l'article 14.

B. L'applicabilité de l'article 14 à des droits dont le statut est ambigu

Si, comme cela vient d'être démontré, l'article 14 a vocation à s'appliquer à cette distinction ultime que constitue la frontière entre le champ d'application d'une liberté conventionnelle et son immédiat hors-champ ; il est alors aisément compréhensible que l'article 14 trouve *a fortiori* à s'appliquer lorsque le lieu de passage de la frontière en question est en quelque sorte flottant, lorsque les délimitations d'un droit ne sont *prima facie* pas clairement définies⁶³⁵ ou qu'elles peuvent être modulées. Rappelons d'ailleurs que lors de l'inaugurale *Affaire linguistique belge*, la Commission avait fait observer avec sagacité que c'est dans ces hypothèses-là que l'article 14 « revêt un rôle important »⁶³⁶. Les explications présentes dans l'*Affaire linguistique* de 1968 pour justifier l'applicabilité de l'article 14 à des situations dont l'affiliation au champ d'application de la Convention est marquée par un certain coefficient de relativité, ces explications ont partiellement été reprises dans l'arrêt *Syndicat national de la police belge* du 27 octobre 1975, c'est-à-dire le deuxième arrêt de la jurisprudence de la Cour portant sur l'article 14, et n'ont, depuis lors, plus été approfondies comme elles l'ont été dans ces deux premières affaires. C'est pourquoi la décision de 1975 mérite également l'attention. Outre le fait qu'elle porte sur des droits sociaux – et qu'à ce titre, elle poursuit l'autre thématique que nous avons choisie pour ces développements, celle de l'application de l'article 14 en matière sociale – cette sentence illustre très bien l'idée selon laquelle l'article 14 s'étend à des droits dont le statut est hybride ou incertain, en tant qu'ils sont, pour ainsi dire, à mi-chemin entre des droits reconnus et des droits non-reconnus.

Tel est le cas lorsqu'il s'agit de droits que la Cour considère comme étant des modalités d'exercice d'un droit consacré par la Convention, et que ces modalités sont laissées à la discrétion de l'État contractant, ainsi que cela fut jugé dans l'affaire *Syndicat national de*

⁶³⁵ Du point de vue de la seule question de leur applicabilité, les droits et libertés énoncés par la Convention s'analysent parfois plus comme des "principes" que comme des "règles" au sens dworkinien de cette opposition, puisque les délimitations de ce qui ressort de la compétence matérielle de la Convention se caractérisent par une certaine élasticité et ne semblent pas reposer pas sur la logique du "tout-ou-rien" ; sur cette opposition entre règle et principe chez Dworkin : R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, M.-J. Rossignol, F. Limare et F. Michaut (trad.), Paris, PUF, 1995, pp. 791-807 (voir notamment p. 79 et p. 82).

⁶³⁶ CourEDH, *Affaire linguistique belge*, précit., p. 27 ; cf. également *supra* p. 229 où cet extrait est reproduit de façon plus large.

la police belge. Dans cette espèce, le syndicat requérant se plaignait de ce qu'à la différence d'autres syndicats, les autorités publiques belges l'avaient écarté d'une procédure de consultation sur une question qui allait faire l'objet d'une réglementation étatique. Il alléguait les violations du droit à la liberté d'association de l'article 11, considéré séparément, et du droit à ne pas subir de discrimination en ce domaine, en vertu de l'article 14 combiné avec l'article 11.

En ce qui concerne l'article 11 envisagé isolément : aux yeux de la Cour, l'article 11 § 1 consacre une obligation qui reste très générale, celle de permettre à tous les syndicats d'avoir les moyens de se faire entendre afin que soit effective la liberté de défendre les intérêts professionnels de leurs adhérents. Cependant, la Cour ajoute immédiatement qu' « il ne garantit pas aux syndicats, ni à leurs membres, un traitement précis de la part de l'État et notamment le droit d'être consultés par lui. Non seulement ce dernier droit ne se trouve pas mentionné à l'article 11 § 1, mais on ne saurait affirmer que les États contractants le consacrent tous en principe dans leur législation et leur pratique internes, ni qu'il soit indispensable à l'exercice efficace de la liberté syndicale. Partant, il ne constitue pas un élément nécessairement inhérent à un droit garanti par la Convention »⁶³⁷. Cet article « laisse à chaque État le choix des moyens à employer à cette fin ; la consultation en constitue un, mais il y en a d'autres. Ce qu'exige la Convention, c'est que la législation nationale permette aux syndicats, selon des modalités non contraires à l'article 11, de lutter pour la défense des intérêts de leurs membres »⁶³⁸. En clair, les syndicats ne peuvent revendiquer, au titre de l'article 11, des droits déterminés ; c'est aux États d'en fixer le contenu. La Cour est arrivée à la même conclusion dans deux autres sentences rendues à la même époque, concernant la participation à la négociation, cette fois, de conventions collectives⁶³⁹.

Au total, dans ces affaires syndicales, le statut de l'intérêt en cause est assez incertain : le droit d'être consulté et le droit de conclure une convention collective sont, à la fois inclus dans le champ d'application de la Convention, puisqu'ils font partie des modalités d'exercice du droit en question, et à la fois exclus du champ du traité, puisqu'ils ne sont pas garantis en tant que tels. Ni vraiment à l'intérieur, ni vraiment à l'extérieur du domaine des droits et libertés énoncés par l'instrument conventionnel, les prétentions des syndicats dans ces différentes affaires tombent néanmoins dans le champ d'application de l'article 14 de la Convention (combiné avec les articles idoines). Dans l'arrêt *Syndicat national de la police belge*, décision qui se situe dans les années de jeunesse de la Convention, la Cour prend encore la peine de développer son argumentation.

⁶³⁷ CourEDH, *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, 27 octobre 1975, § 38. Pour un commentaire : G. Sperduti, « Le principe de non-discrimination dans la jouissance des droits de l'homme (à propos de l'affaire *Syndicat national de la police belge*) », *RDH* 1976, pp. 71-80.

⁶³⁸ CourEDH, *Syndicat national de la police belge*, précit., § 39.

⁶³⁹ CourEDH, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède*, 6 février 1976 ; CourEDH, *Schmidt et Dahlström c. Suède*, 6 février 1976.

En effet, en ce qui concerne l'article 14 combiné à l'article 11, le raisonnement de la Cour est le suivant : la haute juridiction note que l'article 14 s'applique « notamment si un droit inclus dans la Convention et l'obligation correspondante de l'État ne se trouvent pas définis de manière concrète et si, en conséquence, de multiples moyens s'offrent au choix de l'État pour rendre possible et efficace l'exercice du droit dont il s'agit »⁶⁴⁰. « La Cour a déjà constaté que le requérant se trouve dans une situation désavantageuse par rapport à certains autres syndicats. Sans doute, la matière sur laquelle porte le désavantage, à savoir la consultation, est-elle en principe laissée par l'article 11 § 1 à la discrétion des États contractants, mais elle compte parmi les modalités d'exercice d'un droit garanti par ce texte tel que la Cour l'a interprété »⁶⁴¹.

Ce jugement rendu dans l'affaire du *Syndicat national de la police belge* a suscité les vives réprobations du juge Gerald Fitzmaurice qui, dans son opinion séparée, déclarait à propos de l'article 14 : « cet article me paraît entièrement dépourvu de pertinence et inapplicable dès lors que l'on constate – comme le fait l'arrêt – que le droit ou la liberté dont la jouissance ne doit pas donner lieu à des discriminations contraires à l'article 14 ne figure point parmi les droits et libertés “reconnus” à l'article 11 ou dans une autre disposition de la Convention »⁶⁴². Le juge Fitzmaurice conteste en réalité le principe posé dans l'*Affaire linguistique belge* elle-même⁶⁴³. Extrêmement séduisante en apparence, cette position est déficiente en ce qu'elle passe complètement à côté de la logique interne de l'idée d'égalité

⁶⁴⁰ CourEDH, *Syndicat national de la police belge*, précit., § 44.

⁶⁴¹ *Ibid.*, § 45.

⁶⁴² Opinion séparée du juge Fitzmaurice, § 1 de l'opinion ; lire aussi le § 18 : « Si, comme la Cour le constate, le droit de fonder des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense des intérêts de leur membres ne comprend aucun droit pour les syndicats d'être consultés par les autorités, nul droit à la consultation ne figure parmi “les droits et libertés reconnus dans la [...] Convention” et le problème de la discrimination n'entre pas en ligne de compte. Aucune question d'application ou de jouissance discriminatoires ou non discriminatoires d'un droit ne peut surgir que si ce droit lui-même existe d'abord, pour être accordé avec ou sans discrimination. Sans cela, l'article 14 n'a pas sur quoi se greffer. Quand il n'y a pas de droit du tout, mais seulement une certaine pratique volontaire (de consultation), cette pratique peut être suivie de façon discriminatoire mais il ne saurait en résulter une violation de l'article 14 » (§ 18 de l'opinion).

⁶⁴³ À propos du principe arrêté en 1968, le juge Fitzmaurice s'exprime ainsi : « Or, selon moi, l'opinion exprimée dans l'*Affaire linguistique* était entachée de graves erreurs ». « L'opinion ainsi exprimée me semble non seulement erronée, mais manifestement erronée et de surcroît contradictoire. En effet, le cas d'un système de juridictions d'appel est précisément celui que j'aurais choisi moi-même pour démontrer comment et de quelle manière l'article 14 ne saurait s'appliquer. En outre, l'opinion (juste en elle-même) d'après laquelle l'article 14 doit être considéré comme incorporé en entier dans chacun des articles de la Convention “consacrant des droits ou libertés”, c'est-à-dire dans lesquels ces derniers sont “reconnus”, ne peut que souligner qu'ils doivent être reconnus pour que puisse jouer l'obligation de ne pas discriminer. La Cour déclare pourtant, tout d'une haleine, que l'article 6 de la Convention n'oblige pas les États à établir pareil système ; ce qui signifie que l'individu n'a aucun droit d'en exiger l'instauration ; ce qui signifie à son tour qu'un tel droit n'est pas, au sens de l'article 14, “reconnu dans la Convention” ; ce qui signifie aussi qu'il n'est pas un droit dans la jouissance duquel l'article 14 impose la non-discrimination : il n'y a point de droit dont on puisse jouir (de plein droit), ni, partant, de prohibition de la discrimination, s'il s'agit d'un droit volontairement accordé par l'État » (et qui n'entre pas dans le champ d'application de la Convention) ; voir les §§ 18-26 de son opinion séparée dans l'affaire *Syndicat de la police belge*. Bien qu'il n'y fasse pas référence, G. Fitzmaurice soutient une position proche de celle du juge Terje Wold, dans son opinion dissidente exprimée lors du jugement de la grande affaire de 1968.

consacrée à l'article 14 ; elle manque précisément la part d'autonomie que renferme cette disposition. Pour une première et très large part, le champ d'application matériel de l'égalité est un champ d'application dérivé ou extrinsèque ; pour une seconde part, bien plus mince, mais bien réelle, il est aussi un champ d'application indépendant ou intrinsèque⁶⁴⁴. Cette portion infime d'indépendance du champ d'application matériel de l'article 14, qui se manifeste de façon tangible aux franges de la Convention, doit *a fortiori* être prise en compte lorsque les marges du traité sont, *prima facie*, quelque peu mouvantes ou floues, dans le sens précédemment indiqué ; autrement dit, lorsqu'elles sont relatives, comme dans l'hypothèse des modalités discrétionnaires d'exercice d'un droit garanti. Nous avons en effet suffisamment démontré que la relativisation d'un droit c'est-à-dire les distinctions qu'elle occasionne, ne sont acceptables que si elles reposent sur un fondement objectif et raisonnable.

Un dernier et plus récent exemple de l'applicabilité de l'article 14 aux modalités d'exercice d'un droit reconnu⁶⁴⁵ – illustrant de surcroît, lui aussi, la thématique de l'applicabilité de l'article 14 en matière sociale – réside dans l'arrêt *Petrovic c. Autriche* du 28 mars 1998. À la différence des arrêts précédents relatifs à la non-discrimination dans les droits sociaux, qui combinaient l'article 14 avec les articles 6, 11 ou 1 du Protocole n° 1, cette décision associe cette fois l'article 14 avec l'article 8, lequel a trait au droit au respect de la vie familiale. Cet arrêt fait directement application de la jurisprudence “syndicale belge”.

En l'espèce, le requérant, père d'un nouvel enfant, décida de prendre un congé parental pour pouvoir s'en occuper et demanda à bénéficier de l'allocation de congé parental. Celle-ci lui fut refusée au motif que la législation autrichienne ne prévoyait son versement qu'aux parents de sexe féminin. Après plusieurs recours infructueux, le requérant saisit les instances européennes : il prétendait avoir été victime d'une discrimination sexuelle contraire à l'article 14 combiné à l'article 8.

⁶⁴⁴ Voir *supra* p. 183.

⁶⁴⁵ Pour un autre exemple, hors matière sociale, se référant aux modalités d'exercice d'un droit : CourEDH, *Fretté c. France*, 26 février 2002 (§§ 27-33, spécialement le § 31). Dans cette affaire, le requérant, homosexuel, se prétendait victime d'une discrimination fondée sur son orientation sexuelle en ce qu'il s'était vu refuser par les autorités françaises l'agrément qu'il sollicitait en vue d'adopter un enfant. Il nous semble que, dans cette espèce, il était possible de soutenir que l'on se trouvait bien en présence d'un droit reconnu, et non pas d'un droit qui relève des modalités d'exercice discrétionnaire d'un droit reconnu. Ce droit reconnu, ce n'est bien sûr pas le droit pour l'individu à l'adoption ; mais le droit au respect de l'intimité de sa vie privée, c'est-à-dire le droit pour l'individu au respect de la liberté de sa vie sexuelle, autrement dit encore, le droit à ce que l'État ne porte aucune appréciation sur sa vie sexuelle et qu'il n'y attache aucune conséquence juridique. La procédure d'adoption a pour objet de permettre à l'État de s'ingérer dans l'intimité de la vie privée du requérant et de porter un jugement sur le contenu de la vie sexuelle du demandeur. À nos yeux, le problème n'est donc pas l'applicabilité, ou non, de l'article 8 : cette disposition est, à l'évidence, applicable, même isolément. Le seul problème à résoudre - mais c'est là un autre problème qui ne touche pas à la question qui nous occupe ici - est de savoir si l'ingérence est, ou non, justifiée et si elle est, ou non, discriminatoire ; précisons simplement qu'aux yeux de la Cour, il n'y a pas d'inégalité de traitement. Sur ce dernier point : voir notre commentaire dans *L'Europe des libertés*, mai 2002 n° 8, pp. 24-25.

L' « applicabilité de l'article 14 avec l'article 8 »⁶⁴⁶ dans cette affaire est justifiée de la manière suivante : « le refus d'attribuer l'allocation de congé parental à M. Petrovic ne saurait constituer un manque de respect pour la vie familiale, car l'article 8 n'impose pas aux États une obligation positive de fournir l'assistance financière en question. Cependant, le versement de cette allocation par l'État vise à favoriser la vie familiale et a nécessairement une incidence sur l'organisation de celle-ci, puisqu'elle permet, associée au congé parental, à l'un des parents de rester au foyer pour s'occuper de leur enfant. Or la Cour a affirmé à maintes reprises que l'article 14 de la Convention entre en jeu dès lors que “la matière sur laquelle porte le désavantage compte parmi les modalités d'exercice d'un droit garanti”⁶⁴⁷ ou que “les mesures critiquées se rattachent à l'exercice d'un droit garanti”⁶⁴⁸. L'attribution de l'allocation de congé parental permettant à l'État de témoigner son respect pour la vie familiale, au sens de l'article 8 de la Convention, elle entre dans le champ d'application de ce dernier. Partant, l'article 14 combiné avec cette disposition trouve à s'appliquer »⁶⁴⁹.

À la différence de ce que prévoit le paragraphe 2 de l'article 27 de la Charte sociale européenne révisée de 1996⁶⁵⁰, la mise en place d'allocations de congé parental est une possibilité qui est abandonnée au bon vouloir de l'État : elle ne forme pas une obligation qui découlerait de l'article 8 de la Convention. Elle sort donc, à ce titre, du champ d'application de cette disposition. Cependant, elle ne le quitte pas complètement puisque l'instauration d'une telle assistance financière s'analyse aussi, aux yeux de la haute juridiction européenne, comme un moyen de mise en œuvre du droit au respect de la vie familiale, une manière de lui assurer une meilleure effectivité. Elle tombe donc, à ce titre, dans le champ d'application de cette disposition. En définitive, ce type d'allocation correspond à un droit dont le statut à l'égard de l'instrument européen est ambigu.

Dans ces conditions, il est logique que l'article 14 entre en jeu, compte tenu de sa vocation à s'appliquer aux distinctions effectuées aux marges de la Convention et notamment lorsque ces marges sont relatives, comme nous l'avons montré précédemment. Répétons-le pour partie : dès l'instant que le caractère absolu d'un droit commence à être érodé par l'introduction de différenciations entre les sujets de droit, dès lors qu'ils font l'objet de

⁶⁴⁶ CourEDH, *Petrovic c. Autriche*, 28 mars 1998, intitulé du titre introductif aux paragraphes 22 à 29 ; nous insistons sur cette formulation précise de la question dans la mesure où l'article 8, isolément considéré, n'est en tant que tel que partiellement applicable en l'espèce comme nous allons tenter de le démontrer.

⁶⁴⁷ CourEDH, *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, 12 avril 1975, § 45 ; référence incluse dans le texte même de l'arrêt.

⁶⁴⁸ CourEDH, *Schmidt et Dahlström c. Suède*, 6 février 1975, § 39 ; référence incluse dans le texte même de l'arrêt.

⁶⁴⁹ CourEDH, *Petrovic c. Autriche*, 28 mars 1998, §§ 26-29.

⁶⁵⁰ Le deuxième paragraphe de l'article 27 se lit ainsi : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à l'égalité des chances et de traitement entre les travailleurs des deux sexes ayant des responsabilités familiales et entre ces travailleurs et les autres travailleurs, les Parties s'engagent [...] à prévoir la possibilité pour chaque parent, au cours d'une période après le congé de maternité, d'obtenir un congé parental pour s'occuper d'un enfant, dont la durée et les conditions seront fixées par la législation nationale, les conventions collectives ou la pratique ».

catégorisations aux fins d'une attribution de standards hétérogènes, le rôle du principe d'égalité que renferme l'article 14 s'accroît, en ce sens que le "principe" d'une telle relativisation n'est recevable que si les distinctions sont comparativement objectives et raisonnables. Cette fonction gagne encore en importance lorsque le statut de l'intérêt juridique en cause n'est pas considéré comme étant inclus en tant que tel champ de la Convention afin de laisser, jusqu'à un certain point, les États libres du niveau de garantie qu'ils entendent assurer, à l'instar de la présente affaire *Petrovic*. Il nous semble que l'applicabilité de l'article 14 n'est donc pas, là non plus, le résultat d'un rattachement artificiel⁶⁵¹, mais le résultat d'une concrétisation méthodologiquement régulière de la portion d'autonomie que renferme cette disposition et qui correspond à l'idée même d'égalité⁶⁵².

Sous-Chapitre 2. Le champ d'application matériel de l'article 1er du Protocole n° 12

Comme le relève justement le rapport explicatif du Protocole n° 12, « l'article 1 du Protocole englobe la protection offerte par l'article 14 de la Convention, mais sa portée est plus large »⁶⁵³. « Il y a recoupement entre les deux dispositions »⁶⁵⁴, mais « la portée de la protection qu'il offre va au-delà de "la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention" »⁶⁵⁵. Dans ces conditions, le point de savoir si l'action étatique interfère, ou non,

⁶⁵¹ Dans le sens d'un tel rattachement artificiel, voir : F. Sudre, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », *op. cit.*, § 26, pp. 769-770 ; S.-J. Priso Essawe, « Les droits sociaux... », *op. cit.*, pp. 721-736. Pour le premier auteur, la Cour pratiquerait dans cette affaire (notamment) « le grand écart pour rattacher artificiellement l'article 14 » de la Convention à l'article 8 ; pour le second, cette dernière disposition ne serait qu'un « tremplin » pour l'application de l'article 14.

⁶⁵² En tant qu'elle a pour effet d'exiger la comparaison de situations analogues par-delà les distinctions, y compris cette distinction ultime que forme la frontière de la Convention (telle qu'elle est envisagée du point de vue des libertés considérées isolément), et, qui plus est, lorsque cette frontière est floue, c'est-à-dire elle-même relative.

⁶⁵³ Rapport explicatif du Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme, § 33.

⁶⁵⁴ *Ibid.*

⁶⁵⁵ *Ibid.*, § 21. Le Protocole n° 12 absorbe et déborde l'article 14 mais aussi toute clause d'égalité adressée aux pouvoirs publics, située au niveau interne ou international, dont l'étendue n'est pas aussi vaste. En conséquence, comme le relève Frédéric Sudre, la Cour sera ainsi amenée à contrôler indirectement certains droits sociaux énoncés par la Charte sociale européenne et à contrôler directement le respect des clauses d'égalité de traitement que renferme cet instrument, tels les articles 12 § 4, 19 § 5, 20 et 27 de la Charte sociale révisée (F. Sudre, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », *RTDH* 2003, pp. 775-777, §§ 38-39). Nous abondons évidemment dans le sens de cet auteur, mais à condition de préciser, concernant le dernier point, que le recoupement porte, d'une part, sur le traditionnel aspect "défensif" des clauses d'égalité de la Charte (et non sur leur dimension "d'obligation positive") et, d'autre part, sur leur versant État/particuliers (et non, directement tout du moins, sur leur versant particuliers/particuliers). Dans ces conditions, nous nous associons à F. Sudre lorsqu'il affirme que « la Cour européenne sera conduite

avec une des libertés que déclare la Convention européenne des droits de l'homme ne joue donc plus aucun rôle. Le problème de la délimitation du champ d'application matériel n'est toutefois que déplacé : une des grandes interrogations que soulève le Protocole n° 12 consiste à déterminer où s'arrête exactement l'interdiction posée par son article 1er. Il doit immédiatement être précisé que le champ d'application de l'article 1er du Protocole n° 12, à l'instar de celui de l'article 14 de la Convention, ne se cantonne pas aux critères de distinctions qu'il énumère d'ailleurs dans les mêmes termes⁶⁵⁶ : cette liste est, là aussi, purement exemplative⁶⁵⁷.

Nous l'avons montré, à l'issue de la phase d'élaboration du Protocole, le Comité d'experts pour le développement des droits de l'homme s'était, dans un premier temps, prononcé majoritairement en faveur du projet qui ne proposait qu'un seul paragraphe et qui contenait le libellé selon lequel « toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi ». Par la suite, les préférences se sont réparties de manière rigoureusement identique entre cette première possibilité, et une seconde, qui n'utilisait pas l'expression d' "égalité devant la loi", mais celle de « tout droit prévu par la loi » en ajoutant un second paragraphe qui faisait allusion à la notion d' « autorité publique ». Pour finir, on le sait, la solution de compromis fut de retenir cette dernière proposition et d'inscrire la formule « toutes les personnes sont égales devant la loi » en préambule du Protocole. En réalité, ce renversement, ce ralliement à la version contenant deux paragraphes reste, pour une certaine part, assez énigmatique. Il s'explique sans doute par l'effet d'accumulation ou de répétition que procure l'adjonction du second paragraphe, l'anaphore ayant pour but de réduire au maximum les risques d'équivoque sur la portée exacte de l'interdiction posée par le Protocole n° 12.

Il ressort, en effet, des travaux préparatoires que la discorde des experts ne portait pas tant sur le résultat à atteindre par ce nouveau Protocole que sur les moyens d'y parvenir. Si le désaccord était complet quant à la formulation à retenir, de sorte que la lourdeur⁶⁵⁸ a été préférée à la simplicité ; il existait un consensus pour établir une interdiction de la discrimination qui soit, d'une part, générale en ce sens qu'elle lie clairement l'ensemble des

nécessairement à contrôler, directement ou indirectement, le respect par l'État partie de certaines de ses obligations conventionnelles au titre de la Charte sociale européenne » (*ibid.*, p. 775, § 37).

⁶⁵⁶ L'article 1^{er} du Protocole n° 12 est ainsi rédigé : « La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

⁶⁵⁷ Rapport explicatif, § 20.

⁶⁵⁸ Nous avons déjà eu l'occasion de le déplorer : F. Edel, « Le Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme », *L'Europe des libertés* n° 4, janvier 2001, pp. 11-16 (p. 15) ou *supra* p. 126. Dans ce même sens, Gérard Gonzales fait justement remarquer que la leçon de la lourdeur de l'énoncé de l'article 26 du Pacte international n'a pas été entendue : voir G. Gonzales, « Le Protocole additionnel n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme portant interdiction générale de discriminer », *RFDA* 2002, pp. 13-123 (sur ce point, p. 117).

actes étatiques de la Haute Partie contractante à cet instrument⁶⁵⁹ et, d'autre part sans doute aussi, pour limiter autant que possible d'éventuelles obligations positives.

En conséquence, on peut dire, d'une manière quelque peu aphoristique, à propos de cet article 1er qu'il assujettit *tous* les actes de la puissance publique (Section 1), mais qu'il n'assujettit en principe *que* les actes de la puissance publique (Section 2).

Section 1. L'applicabilité de l'article 1er du Protocole n° 12 à tous les actes de la puissance publique

L'article 1er du Protocole n° 12 a vocation à s'appliquer à toutes les actions de la puissance publique dès lors qu'elle agit sur les particuliers. Cette conclusion repose, tout d'abord, sur une interprétation grammaticale et génétique de cette disposition, qui prend en compte le texte du Protocole n° 12 ainsi que les informations contenues dans les travaux préparatoires ou le rapport explicatif, celui-ci reflétant dans une assez large mesure ceux-là.

Avant d'en venir au corps de cet instrument, il est utile de rappeler les termes de son préambule, lequel énonce que « toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi ». L'article 1er du Protocole n° 12 décrit le champ d'application matériel du principe d'égalité qu'il consacre de la façon suivante : son paragraphe 1er déclare qu'il est destiné à s'appliquer à « la jouissance de tout droit prévu par la loi » ; son paragraphe 2nd ajoute que « nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique, quelle qu'elle soit ».

La question qui se pose d'emblée est celle de l'utilité du second paragraphe par rapport au premier⁶⁶⁰, et inversement⁶⁶¹. Les travaux préparatoires au Protocole font apparaître que le rôle de ce deuxième paragraphe est, aux yeux des experts qui le défendaient, double. Sa principale fonction consiste avant tout à laisser entendre *a contrario* les actes qui ne sont pas concernés par le Protocole n° 12 ; cette mission implicite du second paragraphe, visant à suggérer en creux les situations exclues du champ d'application matériel du Protocole

⁶⁵⁹ En effet, « un consensus existait sur le fait que la protection offerte par cet instrument doit couvrir les quatre éléments (i-iv) » qui sont mentionnés au § 22 du rapport explicatif et reproduits ci-après, note 662 (Comité d'experts pour le développement des droits de l'homme (DH-DEV), rapport de la 24^e réunion, 24-27 novembre 1998, Strasbourg, § 16, p. 4.

⁶⁶⁰ « En tout état de cause, le problème se pose de l'interprétation à donner à cette référence : élargit-elle ou au contraire restreint-elle le champ d'application du Protocole ? » : Comité d'experts pour le développement des droits de l'homme (DH-DEV), rapport de la 23^e réunion, 27-30 avril 1998, Strasbourg, § 23, p. 6.

⁶⁶¹ « La question se pose de savoir si les Parties au Protocole seront tenues de n'assurer que la jouissance de "tout droit prévu par la loi" ou si, en outre, elles seront responsables d'assurer qu'aucun acte émanant des autorités publiques n'est discriminatoire » ; *ibid.*, p. 7.

n° 12, sera abordée un peu plus tard. Avant cela, il convient de s'attarder sur l'autre office rempli par ce paragraphe, dont on comprend à la lecture des travaux préparatoires qu'il n'est pas le plus important, et qui est de définir, de façon positive cette fois, les actes qui sont couverts par l'obligation d'égalité que consacre l'article 1er du Protocole n° 12.

Plus exactement, la référence faite au terme générique d'« autorité publique », après qu'il a déjà été fait mention du terme de « loi », a pour but d'empêcher une interprétation restrictive qui – à l'inverse exact de celle qui avait cours à partir du milieu du XIXe jusqu'au milieu du XXe, ce qui prouve le chemin parcouru depuis – limiterait l'interdiction de la discrimination à la loi uniquement comprise comme acte voté par le Parlement. Elle a effectivement pour objet d'éviter toute équivoque de ce type en appuyant sur le fait que la portée du principe de non-discrimination que consacre le Protocole n° 12 vise la totalité des actes du pouvoir étatique émis à destination des particuliers. En d'autres termes, sa présence se justifie par la volonté de ne laisser échapper aucune action de l'État à l'obligation d'égalité que pose le Protocole n° 12.

Le rapport explicatif dresse, à cette fin, une liste qui recense les diverses hypothèses qui tombent dans le champ d'application de l'article 1er du Protocole n° 12⁶⁶². En clair et en substance, à la lumière de ces différents éléments, le principe d'égalité établi par le Protocole n° 12 vise toutes les actions de l'État à l'égard des personnes privées, quelle que soit leur forme : que l'agissement de l'État ait pour objet d'octroyer des droits⁶⁶³ aux individus ou de mettre à leur charge des obligations⁶⁶⁴, qu'il coïncide avec une loi parlementaire⁶⁶⁵ ou avec un

⁶⁶² « En particulier, la portée de la protection additionnelle en vertu de l'article 1 vise les cas où une personne fait l'objet d'une discrimination :

- (i) dans la jouissance de tout droit spécifiquement accordé à l'individu par le droit national ;
- (ii) dans la jouissance de tout droit découlant d'obligations claires des autorités publiques en droit national, c'est-à-dire lorsque ces autorités sont tenues par la loi nationale de se conduire d'une certaine manière ;
- (iii) de la part des autorités publiques du fait de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire (par exemple, l'octroi de certaines subventions) ;
- (iv) du fait d'autres actes ou omissions de la part des autorités publiques (par exemple, le comportement des responsables de l'application des lois pour venir à bout d'une émeute). » (rapport explicatif, § 22)

Le rapport explicatif ajoute immédiatement : « À cet égard, il a été jugé inutile de préciser lesquels de ces quatre éléments relevaient respectivement du premier paragraphe de l'article 1 et lesquels du deuxième paragraphe. Les deux paragraphes sont complémentaires et leur portée combinée fait que tous ces quatre éléments sont couverts par l'article 1. Il convient de garder également à l'esprit que la distinction entre les catégories i à iv n'est pas nette et que les systèmes juridiques nationaux peuvent avoir différentes approches quant au fait de savoir si un cas donné entre dans une de ces catégories plutôt que dans une autre » (*ibid.*, § 23).

⁶⁶³ Correspond à l'hypothèse i de l'inventaire du § 22 du rapport explicatif (voir *supra* note 662).

⁶⁶⁴ Il semble que ce cas de figure, à moins qu'il puisse se rattacher au cas ii du rapport explicatif, a été totalement oublié par les experts ; ce qui ne signifie bien évidemment pas que les actes qui assujettissent les individus soient affranchis de l'obligation d'égalité : il suffit de faire référence à la jurisprudence de la Cour relative à l'exigence de non-discrimination concernant les impôts et autres cotisations en application des articles 14 de la Convention et I du 1^{er} Protocole additionnel.

⁶⁶⁵ L'hypothèse selon laquelle le principe d'égalité s'impose à la loi entendue comme l'acte voté par le Parlement s'impose de façon si évidente qu'elle n'est presque pas discutée lors des travaux préparatoires. Répétons néanmoins que la mise en perspective historique d'un tel constat nous rappelle qu'il n'en a pas toujours

acte administratif⁶⁶⁶, qu'il ait lieu dans le cadre d'une compétence liée⁶⁶⁷ ou d'une compétence discrétionnaire⁶⁶⁸, qu'il corresponde à un acte écrit ou à un comportement factuel⁶⁶⁹, qu'il se rapporte à une norme générale ou à norme individuelle, qu'il découle d'une obligation internationale ou d'une décision nationale, qu'il prenne place dans une relation unilatérale ou contractuelle. L'entrée en vigueur du Protocole n° 12 permettra à la Cour européenne de connaître d'une requête individuelle invoquant, par exemple, une inégalité dans la jouissance d'un droit social sans se soucier de l'appartenance de ce droit ou d'un aspect de ce droit à la Convention⁶⁷⁰ (ou bien même à un autre traité international).

À propos de la référence à « tout droit prévu par la loi » que renferme le premier paragraphe de l'article 1, le rapport explicatif précise que cette expression vise à définir le champ d'application de la garantie procurée par le Protocole n° 12⁶⁷¹ ; il ajoute que cette phrase à elle seule réunit au sein de son champ d'application l'ensemble des situations inventoriées par le rapport explicatif⁶⁷² et que nous nous sommes à l'instant proposé d'expliciter. Il indique par ailleurs que « la formule "autorité publique" figurant au paragraphe 2 a été empruntée aux articles 8, paragraphe 2, et 10, paragraphe 1, de la Convention, et [qu'] elle revêt ici la même signification que dans ces dispositions. Elle englobe non seulement les autorités administratives, mais également les tribunaux et les organes législatifs »⁶⁷³. Il précise même que, si un doute sur ce point devait subsister, il importait de souligner que les premier et deuxième paragraphes de l'article 1 étaient complémentaires et avaient une portée combinée de sorte que toutes les situations susmentionnées étaient couvertes⁶⁷⁴. De surcroît, il était très clair aux yeux des rédacteurs du Protocole que le deuxième paragraphe ne formait pas – contrairement, cette fois, aux paragraphes 2 des articles 8 et 10 – une clause qui

été ainsi. Au contraire, la phase d'élaboration met en relief que le doute portait sur le point de savoir si le terme "loi" englobait d'autres décisions des pouvoirs publics : voir CDDH (97) 41 *addendum*, §§ 31-34, pp. 12-13, et surtout, DH-DEV (98) 3, § 23, pp. 6-7.

⁶⁶⁶ Comme le confirme le § 30 du rapport explicatif (voir *infra* p. 248).

⁶⁶⁷ Comme le montre le point ii de l'inventaire du § 22 du rapport explicatif (voir *supra*, note 662).

⁶⁶⁸ Comme le prouve le point iii de l'inventaire du § 22 du rapport explicatif (voir *supra*, note 662).

⁶⁶⁹ C'est-à-dire plus exactement, le comportement "factuel" d'un agent public, comme le mentionne le point iv de l'inventaire du § 22 du rapport explicatif (voir *supra* note 662) ; voir aussi, CDDH (97) 41 *addendum*, § 32 (iv), p. 12, et aussi, DH-DEV (98) 5, § 14 (iv), p. 4.

⁶⁷⁰ Pour un inventaire de situations, allant d'ailleurs au-delà des seuls droits sociaux, dont la recevabilité a été rejetée sous le régime de l'article 14 mais serait accueillie sous le régime du Protocole n° 12 : voir G. Gonzales, art. précit., p. 116.

⁶⁷¹ Rapport explicatif, § 29, reproduit à la note 674.

⁶⁷² Rapport explicatif, § 22 et § 29, respectivement reproduits aux notes 662 et 674.

⁶⁷³ Rapport explicatif, § 30.

⁶⁷⁴ À propos de la référence du premier paragraphe de l'article 1 à « tout droit prévu par la loi », le rapport explicatif précise que « cette expression vise à définir la portée de la garantie fournie par cette phrase [...]. Dans la mesure où il pourrait subsister un doute sur le fait que cette phrase à elle seule englobe les quatre éléments qui constituent le champ d'application supplémentaire [par rapport à celui de l'article 14] (cette question pourrait se poser pour les éléments (iii) et (iv) – voir le paragraphe 22 [ci-dessus reproduit à la note 662]), il convient de rappeler que les premier et deuxième paragraphes de l'article 1 sont complémentaires. Il en résulte que ces quatre éléments sont, dans tous les cas, couverts par l'article 1 dans son ensemble » (rapport explicatif, § 29).

autoriserait les Parties contractantes à apporter des “restrictions”, pour ainsi dire, au principe de non-discrimination, en ce sens que certaines distinctions opérées par les États bénéficieraient d’une immunité plus ou moins irréfragable à l’égard des exigences dudit principe⁶⁷⁵.

Cette applicabilité généralisée résulte, ensuite, tout autant d’une interprétation systémique et jurisprudentielle, qui se fonde sur « la pratique judiciaire d’un grand nombre d’États démocratiques » (pour reprendre le procédé et l’expression de la Cour dans la fameuse *Affaire linguistique belge*⁶⁷⁶), ou sur la pratique du Comité des droits de l’homme des Nations Unies (pour prendre un exemple qui se situe dans le cadre international universel) : l’interdiction de la discrimination, tant au niveau interne qu’au niveau international, ne se cantonne pas à la loi votée par le Parlement, mais vise également les actes réglementaires (la conception restrictive de “l’égalité devant la loi” qui a sévi en droit interne du milieu du XIXe siècle jusqu’au premier tiers du XXe siècle aurait éventuellement pu être à l’origine d’une interprétation, toute contraire⁶⁷⁷, il n’en est rien). De son côté, la Cour interprète le terme de « loi », présent dans plusieurs dispositions de la Convention, de façon extensive : il englobe l’ensemble du droit en vigueur, législatif mais aussi réglementaire et jurisprudentiel⁶⁷⁸.

Dans ces conditions, on le constate, le second paragraphe est totalement redondant : il ne fait que répéter purement et simplement le paragraphe premier. Son champ d’application est exactement le même que s’il avait été rédigé dans les termes de la célèbre et traditionnelle formule, inscrite dans le préambule du Protocole, selon laquelle « toutes les personnes sont égales devant la loi », telle qu’elle est aujourd’hui interprétée tant en droit interne qu’en droit international⁶⁷⁹. Il a très pertinemment été fait remarquer qu’une lecture qui ferait « une application différenciée de ces deux dispositions selon que sera en cause le législateur (premier paragraphe) ou une autorité publique administrative (deuxième paragraphe) [...] doit être résolument proscrite »⁶⁸⁰ dès lors que les termes de « loi » et d’« autorité publique » doivent tous deux, de façon certaine, être compris au sens large ; et cela, nous l’avons montré, quelle que soit la méthode herméneutique suivie.

En réalité, la raison d’être du second paragraphe est ailleurs : sa présence ne se justifie réellement que pour souligner que le champ d’application matériel de l’article 1, s’il est général, n’est pas pour autant illimité, en ce sens qu’il se cantonne aux seuls actes de la puissance publique et ne va en principe pas au-delà. Le second paragraphe semble donc

⁶⁷⁵ Voir : DH-DEV (98) 3, § 16, p. 4 ou DH-DEV (98) 5, § 38, p. 8.

⁶⁷⁶ CourEDH, 23 juillet 1968, § 10.

⁶⁷⁷ Voir *supra* p. 48.

⁶⁷⁸ Comme le fait justement remarquer G. Gonzales, *op. cit.*, p. 117.

⁶⁷⁹ L’occasion se présente une nouvelle fois de regretter que la proposition qui contenait la formule traditionnelle et concise d’égalité devant la loi et qui ne formait qu’un seul paragraphe n’ait pas été retenue.

⁶⁸⁰ G. Gonzales, « Le Protocole additionnel n° 12 ... », précit., p. 117.

surtout avoir une utilité négative, en ce sens qu'il laisse entendre ce à quoi l'article 1 ne s'applique pas.

Section 2. L'applicabilité de l'article 1er du Protocole n° 12 aux seuls actes de la puissance publique ?

Si, comme le fait remarquer Michaël Walzer en ouverture de son ouvrage *Sphères de justice*, « toute société humaine est une société distributive »⁶⁸¹, laquelle est amenée à « répartir différents biens sociaux »⁶⁸², il ne fait pas de doute que le droit à la non-discrimination consacré par l'article 1er du Protocole n° 12 pose une obligation qui pèse sur la manière dont l'État distribue juridiquement aux particuliers, sous la forme de droits ou d'obligations, différents "biens" sociaux, pour reprendre les termes de cet auteur. Autrement dit, les rédacteurs du Protocole n° 12 ont clairement voulu soumettre au respect de l'obligation de non-discrimination l'ensemble des actes émanant des pouvoirs publics à destination des particuliers. Or, le fait est connu depuis Tocqueville, l'aspiration à l'égalité est, en démocratie, une quête sans fin. L'interrogation qui ne manque alors pas d'être soulevée est de savoir si le droit à l'égalité de traitement qu'établit ce nouveau Protocole n'irait pas encore au-delà : il n'aurait ainsi pas seulement pour objet de sanctionner l'action discriminatoire de l'État, mais aussi son inaction face à des discriminations d'ordre privé, soit qu'il s'agisse d'inégalités qui se produisent sur le terrain du droit privé, soit qu'il s'agisse d'inégalités qui sortent du domaine du droit. De façon instantanée, l'applicabilité du Protocole n° 12 serait déclenchée par l'abstention de l'État ; de façon dérivée, elle s'étendrait à des intérêts juridiques privés ou même à des intérêts purement factuels.

La première question est celle d'un éventuel "effet horizontal" du Protocole n° 12. De la même manière que la puissance publique est assujettie à l'impératif de non-discrimination, la question se pose de savoir si les auteurs du Protocole ont, de surcroît, voulu étendre une telle obligation à certains actes provenant des personnes privées. Les puissances privées qui, par le biais du droit privé, se trouvent en situation juridique de distribuer des droits ou des obligations à l'égard d'autres personnes privées sont-elles également soumises à une telle prescription ? Autrement dit, le droit à l'égalité de traitement du Protocole n° 12 couvre-t-il, directement ou indirectement, les relations entre particuliers ? Le cas de figure d'une obligation de non-discrimination pesant directement sur les personnes privées – si elle devait être possible – est un problème que seul le juge interne pourrait être amené à connaître ; nous le laissons de côté car il dépend à chaque fois de la configuration du droit interne du pays

⁶⁸¹ M. Walzer, *Sphères de justice – Une défense du pluralisme et de l'égalité*, P. Engel (trad.), Paris, Seuil, 1997, p. 23 (*Spheres of justice – A Defense of Pluralism and Equality*, New York, Basic Books, 1983).

⁶⁸² *Ibid.*, p. 26.

contractant. Le cas de figure d'une obligation de non-discrimination pesant indirectement sur les personnes privées – si elle devait être possible – est une question que seul le juge européen pourrait être conduit à se poser ; elle est la seule que nous traiterons dans le cadre de cette étude. En d'autres termes, l'État contractant peut-il être tenu pour responsable des discriminations survenues dans les relations juridiques entre particuliers au motif qu'il n'a pas édicté une législation qui aurait pu empêcher leur survenance ?

La seconde question est celle de savoir si l'obligation que consacre le Protocole peut indirectement trouver à s'appliquer à des biens sociaux qui sont distribués de façon non juridique. Autrement dit, cet instrument a-t-il vocation à s'appliquer, non plus aux inégalités juridiques, mais aux inégalités de fait que l'État aurait l'obligation de corriger ? Celui-ci pourrait-il être tenu pour responsable des inégalités factuelles issues du libre jeu des puissances sociales, au motif qu'il n'a pas édicté une législation qui aurait pu y remédier ?

La réponse apportée à ces deux questions par le texte du Protocole n° 12, son rapport explicatif ou par ses travaux préparatoires, est particulièrement ambiguë, de sorte qu'une interprétation littérale et génétique de l'article 1er du Protocole n° 12 est largement insuffisante. Elle doit être complétée par une interprétation téléologique et systématique de la norme qu'il renferme⁶⁸³. Cette étude sera menée ultérieurement de façon approfondie lorsque nous nous interrogerons précisément sur le point de savoir si le principe d'égalité – tel qu'il est formulé par l'article 1er du Protocole n° 12, mais aussi par l'article 14 de la Convention – est susceptible de générer des obligations positives dites de "protection" ou de "promotion" d'une égalité plus effective.

Il faut signaler que ce problème est d'une extrême complexité et que la réponse qui peut y être apportée est inévitablement nuancée. À ce stade de la réflexion, consistant à définir le domaine d'application du Protocole n° 12 et à déterminer si une telle extension de son champ d'application est envisageable, il ne sera pour l'instant relevé que les éléments textuels suivants. Au premier abord, la possibilité d'interpréter cet instrument comme induisant des obligations positives doit être absolument proscrite. C'est même la seule et unique raison qui justifie sérieusement la présence du second paragraphe de l'article 1er du Protocole n° 12, lequel insiste sur l'origine de la discrimination : « de la part des autorités publiques » ; cette mention venant renforcer celle du paragraphe premier selon lequel il doit s'agir d'un « droit prévu par la loi ». Ces précisions signifient *a contrario* que le Protocole n° 12 n'a pas vocation à s'appliquer aux inégalités d'ordre privé. Cependant, la lecture des travaux préparatoires⁶⁸⁴ et du rapport explicatif vient paradoxalement semer le doute, ce dernier affirmant notamment que « de telles obligations positives ne peuvent globalement être

⁶⁸³ Le premier type d'interprétation prend en compte les capacités intrinsèques de cette norme à s'appliquer à de telles situations, le second considère les facteurs liés au contexte juridique dans lequel elle est émise par comparaison avec des textes qui ont pour objet de mettre en place de telles obligations.

⁶⁸⁴ Illustratif de cette ambiguïté : DH-DEV (99) 5, §§ 26-27, ou bien CDDH (97) 41, *addendum*, p. 15.

exclues »⁶⁸⁵. Le second paragraphe n'aurait donc plus que pour fonction de limiter autant que possible d'éventuelles obligations positives. En réalité, il aura surtout pour objet de restreindre l'hypothèse d'obligations positives qui confèreraient au Protocole n° 12 un « effet horizontal indirect »⁶⁸⁶.

En effet, nous le verrons, si des obligations positives de ce type sont éventuellement envisageables, de sorte que le champ d'application matériel de l'article 1er du Protocole n° 12 s'étendrait à certains intérêts juridiques relevant du droit privé, la possibilité d'inférer du Protocole n° 12 des obligations positives visant à réduire des inégalités de fait est, en revanche, totalement irréaliste, de sorte que le champ d'application matériel de cet instrument ne saurait s'étendre à des situations purement factuelles⁶⁸⁷.

⁶⁸⁵ Rapport explicatif, § 24.

⁶⁸⁶ Selon la terminologie du rapport explicatif lui-même (§ 24). Les experts, lors de la phase de rédaction, ont fait remarquer à propos de la formule « de la part des autorités publiques » que « cette expression vise à limiter les éventuels effets horizontaux. Cependant, il est estimé qu'il n'est pas possible d'exclure totalement ces effets » (CDDH (97) 41, § 36).

⁶⁸⁷ La présence ou non du second paragraphe de l'article 1^{er} du Protocole n° 12 ne change, selon nous, rien à ce deuxième constat ; ou alors elle ne fait que le renforcer.

Conclusion du titre 1. Conclusion sur le champ d'application du principe d'égalité

Concernant le champ d'application personnel du principe d'égalité, il convient de revenir sur deux éléments, peut-être plus saillants que d'autres. Si le caractère universaliste de l'égalité ne fait aujourd'hui plus vraiment question – l'idée selon laquelle nationaux et étrangers sont des titulaires à part entière du droit à la non-discrimination étant aujourd'hui largement assimilée – le caractère individualiste est peut-être, quant à lui, un peu plus discuté : certains pouvant effectivement être tentés de conférer une telle prérogative aux minorités culturelles. Or, il peut être intéressant de rappeler que l'étude de la titularité du droit à la non-discrimination par les personnes morales, et plus en amont encore l'analyse de ses "conditions de possibilité" a pu être l'occasion de mettre en lumière une des principales raisons pour lesquelles les minorités ne sauraient – en tant que telles et à la différence des personnes morales – être considérées comme détentrices du droit énoncé par l'article 14 de la Convention ou par l'article 1er du Protocole n° 12. Et cela pour la raison suivante : le mode d'agrégation des personnes physiques à l'entité abstraite est, dans le cas des personnes morales, statutairement organisé et, donc, à la fois juridiquement identifiable et contrôlable au regard des exigences de liberté et de non-discrimination. Or, tel n'est pas le cas des minorités culturelles, pour lesquelles la validité du mode d'affiliation des individus qu'elle agrège n'est assurée, ni du côté de la liberté (et tout particulièrement au regard de la liberté de l'individu de ne pas s'associer), ni – c'est ce que nous nous sommes proposés de suggérer – du côté de l'égalité (puisqu'il est impossible de vérifier son caractère objectif et raisonnable).

Concernant le champ d'application matériel du principe de non-discrimination, on peut retenir, d'une part, que le champ d'application matériel de l'article 14, tel qu'il procède de sa combinaison avec les autres droits énoncés par la Convention est logiquement plus large que le champ d'application matériel de ces derniers considérés isolément. Nous avons tenté de démontrer que ce phénomène de "débordement" s'explique par le fait que l'égalité implique la comparaison. Cette question de l'identification de la délimitation du champ d'application matériel du principe d'égalité se pose bien évidemment dans des termes tout différents avec l'article 1er du Protocole n° 12 : s'il paraît clair que ce dernier interdit la discrimination pour tous les actes issus de la puissance publique, le problème des contours du champ d'application matériel n'est que déplacé, puisque c'est à l'occasion du Protocole n° 12 que s'est posée la question de savoir si l'État pourrait être tenu pour responsable des discriminations qui surviendraient éventuellement dans les actes juridiques de droit privé.

Titre 2. L'obligation posée par le principe d'égalité

S'ils se distinguent par leur champ d'application respectif, l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 1er de son Protocole additionnel n° 12, établissent, tous deux, une obligation défensive de non-discrimination qui est rigoureusement la même. La question du contenu précis de l'interdiction de discriminer se pose strictement de la même manière dans l'un et l'autre cas. Comme on le sait, pour l'instant, seul l'article 14 a fait l'objet d'une jurisprudence de la part des organes de contrôle de Strasbourg. Cependant, il ne fait nul doute que les conclusions d'ordre général qui sont ici tirées de la jurisprudence fondée sur l'article 14 sont également valables pour l'application de l'article 1er du Protocole n° 12.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme constituera, en effet, le point de départ de l'analyse ici développée, visant à déterminer le contenu de l'obligation de non-discrimination établie par la Convention. Autrement dit, il importera, en s'appuyant sur la jurisprudence européenne, de répondre aux questions suivantes : à quoi l'égalité oblige-t-elle exactement ? Quelles sont les implications concrètes qui découlent de l'interdiction de la discrimination ? Quelles sont, au terme de la lecture des décisions rendues par la haute juridiction européenne, les conséquences pratiques qu'elle fait produire au nom du principe d'égalité ?

La réponse à ces interrogations procédera en deux temps. De façon schématique, la première partie se présente à la fois comme un compte-rendu et un commentaire des énoncés jurisprudentiels les plus capitaux ; elle sera l'occasion d'une mise en lumière et d'une discussion des principaux problèmes tant herméneutiques que méthodologiques qui, en ce domaine très particulier de l'égalité, se posent immanquablement (chapitre 1). La seconde partie plongera plus dans le détail du processus de concrétisation du principe d'égalité au travers de cas jurisprudentiels. Elle se propose de répondre à des questions encore plus précises. Que signifie pratiquement l'obligation d'une « justification objective et raisonnable » ? Quelles sont les conséquences concrètes d'une telle référence à l'idée d'objectivité ? Comment appréhender, d'un point de vue méthodique, cette mention faite en matière d'égalité au caractère « raisonnable » ? Comment s'applique concrètement l'exigence d'objectivité ? Comment comprendre, d'un point de vue pratique, dans le domaine de la non-discrimination, l'exigence d'un « rapport raisonnable de proportionnalité » ? Dans le même temps qu'elle sera une description de la jurisprudence européenne, l'analyse déployée dans cette seconde partie déterminera une méthodologie pour la concrétisation du principe de non-discrimination qu'établit la Convention européenne des droits de l'homme (chapitre 2).

Chapitre 1. Les formulations jurisprudentielles de l'obligation posée par le principe d'égalité

Un examen un tant soit peu approfondi de la jurisprudence européenne relative à la définition et à l'application du contenu de l'obligation de non-discrimination fait rapidement ressortir qu'au-delà de la récurrence des énoncés, de la stabilité des formules, de la « jurisprudence constante » comme se plaît à le rappeler régulièrement l'organe de contrôle strasbourgeois, la concrétisation du principe d'égalité cache un assez grave flottement, tant conceptuel, d'abord, que pratique, ensuite.

Aussi, les développements à suivre répondront à un double souci : d'une part, mettre en exergue les approximations ou apories qui caractérisent la jurisprudence en question et en retracer les causes ; d'autre part, restituer au discours jurisprudentiel une cohérence, tant au niveau de la compréhension des principes qui régissent la matière, que de leur application aux cas d'espèce.

Il nous a semblé utile de commencer par une présentation des axiomes jurisprudentiels qui, laissant provisoirement de côté les incohérences susmentionnées, se donne pour objectif d'être à la fois, et synthétique, et "neutre"⁶⁸⁸. Autrement dit, cet exposé a pour fonction de fournir au lecteur un aperçu, un état des lieux, quelque peu condensé, des axes les plus fondamentaux, des énoncés-types les plus importants, définissant l'obligation de non-discrimination, tels qu'ils résultent des grandes décisions balisant la matière. Cette présentation prétend dans le même temps à une "relative neutralité" ; comprendre par là qu'elle tentera de rendre compte des arrêts de principe concernés en étant, autant que possible, à la fois fidèle à l'énoncé syntaxique des attendus jurisprudentiels rédigés par la Cour, et à la cohérence de leur articulation et interprétation conceptuelles (Section 1).

Les développements de la seconde partie se présentent, quant à eux, comme une véritable analyse critique des énoncés produits par le juge européen, une analyse intransigeante et détaillée, visant à dénoncer les impasses et insuffisances assez considérables qui caractérisent parfois le discours prétorien en matière d'égalité (Section 2).

⁶⁸⁸ En tout état de cause, la "neutralité absolue" n'existe pas, la description la plus plate étant déjà une interprétation. Elle n'existe surtout pas lorsqu'il s'agit de dépeindre la règle de non-discrimination : n'importe quel exposé à son propos l'illustre de manière flagrante. À nos yeux, le terrain de l'interprétation de la norme d'égalité constituerait d'ailleurs un lieu relativement propice à l'invalidation des "théoriques réalistes de l'interprétation" les plus radicales.

Section 1. L'exposé des énoncés jurisprudentiels de l'obligation de non-discrimination

Parmi la très grande masse des arrêts où la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à se prononcer sur la question du respect de l'article 14 de la Convention, il importe de relever que, sur le plan des principes, il n'y a incontestablement que deux arrêts véritablement capitaux pour la définition du contenu de l'obligation de non-discrimination. Ces décisions, qui ont toutes deux été rendues dans la formation la plus solennelle de cette juridiction, sont les suivantes. Il s'agit, d'abord, du tout premier arrêt dans lequel l'article 14 de la Convention a été invoqué devant la Cour européenne : la très célèbre *Affaire linguistique belge* du 23 juillet 1968 ; cet arrêt de principe jette les bases de l'interprétation de l'obligation que pose le principe d'égalité garanti par la Convention européenne des droits de l'homme (§ 1). Il s'agit, ensuite, d'un arrêt plus récent : celui rendu dans l'importante affaire *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000 ; cette seconde décision ne modifie pas la définition issue de l'*Affaire linguistique belge*, elle vient la compléter et lui conférer une dimension supplémentaire (§ 2).

§ 1. L'arrêt relatif à « *certaines aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* » du 23 juillet 1968⁶⁸⁹

À tous les points de vue, le jugement rendu le 23 juillet 1968 se présente comme un grand arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. Comptant parmi les toutes premières décisions rendues par la haute juridiction, l'arrêt relatif à « *certaines aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* » est de facture très classique, sur le mode des sentences de la Cour internationale de justice, comme l'atteste l'intitulé choisi pour

⁶⁸⁹ CourEDH (formation plénière), *Affaire relative à « certaines aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*, 23 juillet 1968, *Série A* n° 5. Il est à noter, pour ce qui concerne les références qui seront faites à cet arrêt, que contrairement à l'habitude, nous indiquerons d'abord les pages correspondant à sa publication dans le recueil de décision des arrêts de la Cour intitulé « *Série A* », puis seulement après les numéros de paragraphe à l'intérieur de la sentence ; cela, pour la raison que dans cet arrêt, datant des premières années de fonctionnement de la Cour, la numérotation des paragraphes n'est pas continue comme elle l'a été à partir d'une période moins lointaine. Les développements de ce paragraphe, consacré à l'*Affaire linguistique*, constituent une synthèse des problèmes soulevés en l'espèce et de la solution arrêtée par la haute juridiction européenne en application de l'article 14 ; pour l'analyse *détaillée* du processus de concrétisation de l'obligation de non-discrimination concernant la situation juridique de la région unilingue flamande ainsi que celle des communes de la périphérie bruxelloise : voir *infra*, respectivement, p. 318, 319, 331, 333, 348, 349.

désigner cette affaire⁶⁹⁰, et comme le prouve surtout sa formation de jugement, laquelle compte des personnalités aussi éminentes que René Cassin, Alfred Verdross, Hermann Mosler ou Sir Humphrey Waldock, dont certaines ont par ailleurs également siégé à la Cour de La Haye⁶⁹¹. Classique, cet arrêt l'est encore par l'ampleur exceptionnelle du travail interprétatif mené à cette occasion, comme le montre presque à lui seul le double volume de recueil des mémoires, plaidoiries et documents (la, désormais révolue, *Série B*) et comme le prouve surtout l'importance des principes d'interprétation de la Convention posés à cette occasion, dont certains guident la lecture de l'ensemble des droits garantis. Le jugement rendu dans l'*Affaire linguistique*⁶⁹² n'est pas seulement le premier, mais le principal arrêt qui définit la teneur de l'obligation établie par le principe d'égalité que renferme la Convention européenne. Hormis la décision précitée du 6 avril 2000, tous les arrêts relatifs à la non-discrimination ne sont qu'une répétition, plus ou moins adroite car plus ou moins compréhensive, des principes posés par cette sentence inaugurale du 23 juillet 1968. Il est effectivement l'arrêt majeur qui fait œuvre herméneutique sur ce point. Même si elle a plus été centrée sur la question de l'applicabilité de l'article 14 que sur son contenu, l'interprétation de cette disposition a suscité une sérieuse controverse, qui doit beaucoup à la qualité de ses intervenants⁶⁹³.

Pendant, avant d'exposer la définition de principe de l'obligation de non-discrimination que la Cour européenne des droits de l'homme formule dans l'arrêt du 23 juillet 1968, c'est-à-dire son interprétation abstraite (B), il est utile, pour sa pleine

⁶⁹⁰ À titre anecdotique, on notera que cet arrêt est le seul dont le titre est ainsi calqué sur le mode de désignation des affaires retenu par la Cour permanente internationale de justice ou, par la suite, par la Cour internationale de justice.

⁶⁹¹ Ont ainsi siégé à la Cour internationale de justice : Hermann Mosler (nationalité allemande) qui y a été juge *ad hoc* de 1968 à 1969 et juge permanent de 1976 à 1985 ; Sir Humphrey Waldock (nationalité britannique) qui en a été le président de 1973 à 1981. De la même manière, pour ce qui concerne la composition de la Commission européenne des droits de l'homme qui, dans cette affaire, a rendu un rapport adopté le 25 juin 1965 : son président était Sture Petré (nationalité suédoise), lequel a été juge à la Cour de La Haye de 1967 à 1976 ; figure également au sein de la Commission européenne, Max Sorensen (nationalité danoise), qui a été juge *ad hoc* à La Haye de 1968 à 1969.

⁶⁹² En ce qui concerne, par exemple, la notion de marge nationale d'interprétation (ou encore, mais de façon plus négligeable, celle d'obligation positive) : ainsi, c'est dans cette affaire qu'a été prononcée la formule devenue célèbre selon laquelle la Cour « ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention. Les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention. Le contrôle de la Cour ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention » (CourEDH, précit., *Série A* n° 6, pp. 34-35, § 10).

⁶⁹³ Outre les juges Hermann Mosler et Sir Humphrey Waldock, dont il vient d'être souligné qu'ils ont également siégé à la Cour internationale de justice, il n'est peut-être pas inutile de signaler que ce dernier a aussi été membre de la Commission du droit international (de 1961 à 1972), de même qu'Alfred Verdross (de 1957 à 1966). De la même façon, outre les membres de la Commission européenne Sture Petré et Max Sorensen précédemment cités comme ayant été juges à La Haye, il est intéressant de mentionner que C. Th. Eustathiades, qui a également siégé dans la Commission européenne dans cette espèce, a par ailleurs fait partie, quant à lui, de la Commission du droit international (de 1967 à 1971). Toujours dans le même esprit, l'État belge était, pour ce qui le concerne, défendu par Paul Guggenheim (nationalité suisse), qui avait antérieurement, en 1955, occupé le siège de juge *ad hoc* à la Cour internationale de justice.

compréhension, de présenter d'abord son contexte concret, autrement dit le cas d'espèce de cette décision (A).

A. Le cas d'espèce de l'*Affaire linguistique belge* sous l'angle de l'obligation de non-discrimination⁶⁹⁴

Il sera d'abord brossé un rapide tableau des faits à l'origine de l'*Affaire linguistique belge* (1) ; puis, suivra un résumé des conclusions auxquelles la juridiction européenne est concrètement arrivée, sous l'angle de l'article 14 de la Convention, pour chacun des points en litige dans cette espèce (2).

1. Les faits de l'espèce

À l'origine de cette affaire se trouvent plusieurs requêtes regroupant, au total, quelques centaines de pères et mères de familles francophones de nationalité belge qui habitent dans des communes géographiquement situées dans la partie néerlandophone de la Belgique : agissant tant pour leur propre compte que pour celui de leurs enfants, ceux-ci se plaignaient de ce que certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique contrevenaient aux articles 2 du 1er Protocole additionnel (droit à l'instruction), 8 de la Convention (droit au respect de la vie privée et familiale) ainsi qu'à son article 14 (droit à la non-discrimination) combiné avec les deux dispositions précédentes.

Le régime linguistique de l'enseignement en Belgique est assez complexe⁶⁹⁵. De façon très schématique et sans prétendre à l'exhaustivité, la législation linguistique de ce pays en matière scolaire s'organise sur une base territoriale : la Belgique est ainsi décomposée en plusieurs zones. Il y a, d'une part, trois territoires dont le régime légal est unilingue : la région wallonne, francophone ; la région flamande, néerlandophone ; et, dans une importance moindre, la région frontalière de l'Allemagne, germanophone⁶⁹⁶. Il y a, d'autre part, une série de lieux dont le régime est particulier : d'abord, l'agglomération bruxelloise, qui connaît un

⁶⁹⁴ Sur cet arrêt, voir : R. Pelloux, « L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'*Affaire linguistique belge* (fond) », *AFDI* 1968, pp. 201-216 ; J. Verhoeven, « L'arrêt du 23 juillet 1968 dans l'*Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* », *Revue belge de droit international* 1970, pp. 353-382 ; P. Vandernoot, « Les aspects linguistiques du droit des minorités », *RTDH* 1997, p. 309 *sqq.*

⁶⁹⁵ Pour une explication du régime linguistique de l'enseignement scolaire en Belgique : J. Verhoeven, *op. cit.*, pp. 354-355 ; ou bien CourEDH, précit., pp. 13-19, §§ 8-15 ; ou pour un état des lieux de ce régime aujourd'hui (qui, dans ses grandes lignes, est resté le même qu'à l'époque où la Cour a statué) : Y. Houyet, « La législation linguistique régissant la matière de l'enseignement dans le contexte constitutionnel fédéral de l'État belge », *Revue belge de droit constitutionnel* 2002, pp. 379-423.

⁶⁹⁶ À laquelle les requérants de l'*Affaire linguistique* ne se comparent pas et qui ne joue donc aucun rôle en l'espèce.

régime bilingue, en ce sens que la langue d'enseignement est fonction de la langue maternelle de l'enfant ; ensuite, diverses communes, sises en territoire unilingue, mais limitrophes d'une autre région linguistique, qui se caractérisent par un statut à mi-chemin entre les deux précédents. Au sein de ce dernier groupe, doivent être mentionnées plusieurs localités géographiquement situées à la fois à la périphérie de la capitale belge et à l'intérieur du territoire flamand : l'instruction y est en principe prodigué en néerlandais, mais ces collectivités sont tenues d'organiser un enseignement gardien et primaire en français, exclusivement réservé aux enfants qui y résident, si un certain nombre de chefs de famille habitant sur leur territoire en font la demande⁶⁹⁷.

Dans l'intention globale de favoriser une certaine homogénéité linguistique, le législateur belge a pris, en 1963, une série de mesures limitant le pluralisme linguistique⁶⁹⁸ : il supprime les classes, que connaissait le régime antérieur, qui permettaient à un enfant d'une région unilingue de commencer un cursus scolaire dans une langue minoritaire puis de le finir dans la langue majoritaire ; il se refuse, en région unilingue, à créer des écoles officielles ou à financer des écoles privées qui ne s'alignent pas sur les exigences linguistiques ; il prive de tout subside les écoles qui entretiendraient, à côté d'un enseignement subventionné conforme à la législation linguistique, des classes non subventionnées qui lui seraient contraires ; il refuse, enfin, d'homologuer les certificats couronnant des études accomplies dans des établissements qui ne se conforment pas aux prescriptions linguistiques. Dès l'instant où, en région flamande, des francophones entendent donner à leurs enfants un enseignement en français, ils sont alors contraints, au prix de nombreux désagréments, de les envoyer accomplir leurs études, soit dans la partie francophone du pays, soit à Bruxelles, et ne peuvent les inscrire dans les écoles de langue française existant dans les communes de la périphérie bruxelloise néerlandophone.

2. La solution d'espèce

Sur l'ensemble des griefs présentés par les divers requérants, il a été répondu à la très grande majorité de ces doléances qu'elles ne correspondaient à aucune violation de la Convention. La seule infraction au traité européen qui a été enregistrée par les instances de contrôle de Strasbourg concernait l'article 14 : mais alors que la Commission avait conclu à la violation de cette disposition dans quatre hypothèses⁶⁹⁹, la Cour ne l'a retenue que dans une

⁶⁹⁷ Il faut signaler encore, à une échelle plus réduite, Louvain et Heverlee, qui jouissent d'une réglementation spéciale pour ce qui concerne, uniquement, les membres du personnel francophone de l'université, bilingue, établie dans ces villes et auxquels les requérants de l'espèce se sont comparés. Afin de ménager une certaine clarté de la présente synthèse, la situation de Louvain et Heverlee ne sera mentionnée qu'en note de bas de page, eu égard à la trop grande particularité de cette réglementation.

⁶⁹⁸ Pour une explication de ce changement du régime linguistique de l'enseignement scolaire en Belgique : J. Verhoeven, *op. cit.*, p. 354 *sqq.*

⁶⁹⁹ Dans son rapport du 24 juin 1965 (*Série B*, vol. I, pp. 9-367), la Commission exprime l'avis que la législation belge viole l'article 14 combiné à l'article 2 du 1^{er} Protocole additionnel pour ce qui concerne quatre points que

seule d'entre elles. Il importe de faire une synthèse des principales situations litigieuses soumises au juge européen, telles qu'elles se sont présentées à lui dans la perspective du contrôle du respect de l'obligation de non-discrimination garantie par l'article 14 de la Convention⁷⁰⁰.

La Cour a ainsi examiné successivement six questions (plus de six en réalité, puisqu'il peut même parfois y avoir des sous-questions). De façon résumée, la Cour a principalement statué sur trois problèmes réellement cruciaux⁷⁰¹ : seul le dernier d'entre eux comportait un aspect qui a été jugé discriminatoire ; pour le reste, la haute juridiction a en effet jugé que les traitements dont les requérants se disaient victimes ne formaient pas des discriminations prohibées par l'article 14 de la Convention, mais correspondaient à des distinctions qui étaient comparativement objectives et raisonnables.

Concernant, en premier lieu, l'absence en région unilingue d'un enseignement public en langue minoritaire ainsi que la privation de toute subvention aux établissements qui ne s'alignent pas sur les prescriptions linguistiques de la législation scolaire⁷⁰², la Cour européenne a fait remarquer les éléments suivants. Elle observe que la différence de traitement, à l'intérieur de chaque région, entre le régime assigné aux membres de la majorité – en l'occurrence, les habitants néerlandophones de la Flandre – et celui réservé aux membres

nous indiquerons, de façon circonstanciée, ultérieurement, en note de bas de page, par comparaison à l'opinion de la Cour sur ces mêmes points.

⁷⁰⁰ Un tel exercice de synthèse, spécialement sous l'angle de l'article 14, se justifie d'autant plus qu'il n'a pas réellement été entrepris par la doctrine qui, lorsqu'elle rend compte de l'arrêt, soit ne fait état que de la seule hypothèse de violation de la Convention (voir par exemple Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 116-119), soit en fait un commentaire extrêmement détaillé (voir par exemple J. Verhoeven, op. cit.).

⁷⁰¹ Dans la mesure où ces développements se présentent comme une synthèse, notre exposé ne suit pas la numérotation qui est celle de la Cour, laquelle répond successivement à des questions numérotées de 1 à 6 : il y sera néanmoins fait référence en note de bas de page. Nous réunirons ainsi sous un premier problème les questions n° 1 et 2 (qui portent sur des sujets proches et touchent, toutes deux, à la région unilingue flamande). Nous ne rendrons pas compte de la question n° 4 (qui a trait aux conditions auxquelles obéit, pour les enfants dont les parents résident en dehors de l'arrondissement de Bruxelles-capitale, l'inscription dans les écoles de cet arrondissement ; CourEDH, *Affaire linguistique belge*, précit., pp. 56-61, §§ 20-25) dans la mesure où les requérants n'ont tout simplement pas démontré qu'ils étaient, sur ce sujet, victimes de discrimination : la Cour se contente, en effet, de noter qu'aucune discrimination n'a été démontrée par les requérants, en ce sens qu'ils n'avaient aucun préjudice à faire valoir à cet endroit (*ibid.*, §§ 24 et 25). En outre, la première branche de la question n° 5 (qui concerne la situation très particulière des conditions d'accès aux écoles françaises de Louvain et Heverlee pour deux catégories spéciales d'enfants) ne sera traitée qu'en note de bas de page pour ne pas encombrer une présentation qui doit rester un résumé.

⁷⁰² Il s'agit, là, de la première et de la seconde questions examinées par la juridiction européenne, qui ont respectivement trait, d'une part, au refus de créer et de subventionner des écoles non-conformes aux prescriptions linguistiques (question n° 1 : *ibid.*, pp. 36-44, §§ 2-8 ; surtout § 7, plus particulièrement pp. 43-44) et, d'autre part, au retrait total des subventions aux écoles qui entretiendraient, à titre de classes non subsidiées et à côté de l'enseignement donné dans la langue que prévoient les lois linguistiques, un enseignement total ou partiel dans une autre langue (question n° 2 : *ibid.*, pp. 44-51, §§ 8-13 ; et surtout § 19, plus particulièrement p. 56). Contrairement à la Cour, la Commission exprime l'avis, dans son rapport du 24 juin 1965, qu'il y a violation de l'article 14 sur le point traité par la deuxième question (c'est-à-dire la privation de subvention) : voir ComEDH, *Affaire linguistique belge*, rapport du 24 juin 1965, § 431, *Série B*, vol. I, pp. 329-330.

de la minorité – en l’occurrence, les habitants francophones de la Flandre – repose, d’une part, « sur des critères objectifs »⁷⁰³ et ajoute, d’autre part, qu’elle ne considère pas « que les moyens adoptés en la matière par le législateur belge soient disproportionnés aux exigences de l’intérêt public poursuivi, au point de constituer une discrimination contraire à l’article 14 de la Convention, combiné avec la première phrase de l’article 2 du Protocole ou avec l’article 8 de la Convention »⁷⁰⁴. Le traitement différent est objectif en ce sens que la catégorisation établie par la législation dont il s’agit est en concordance avec la réalité de chacune « des deux grandes régions de la Belgique, dans lesquelles une large majorité de la population ne parle que l’une des deux langues nationales »⁷⁰⁵ (« elle repose, tout d’abord, sur cet élément objectif que constitue la région »⁷⁰⁶ dit encore la Cour)⁷⁰⁷. Le traitement différent respecte « un rapport raisonnable de proportionnalité »⁷⁰⁸, en ce sens que les textes législatifs opérant les catégorisations en question « ne concernent que l’enseignement officiel ou subventionné. Ils n’empêchent point, dans la région unilingue néerlandaise, l’organisation d’un enseignement libre d’expression française, enseignement qui d’ailleurs y subsiste dans une certaine mesure »⁷⁰⁹.

Concernant, en second lieu, le refus général de certification des diplômes délivrés par les établissements non conformes aux prescriptions linguistiques⁷¹⁰, la Cour européenne observe, là encore, que la différence de traitement entre, d’un côté, « les enfants qui, étant titulaires d’un certificat non homologable pour des raisons d’ordre purement linguistique, doivent subir un examen »⁷¹¹ supplémentaire pour valider officiellement leurs études secondaires, et, de l’autre, « les élèves ayant obtenu un certificat de fin d’études homologable »⁷¹², une telle différence de traitement donc, satisfait aux exigences de l’article

⁷⁰³ CourEDH, *Affaire linguistique belge*, précit., p. 50, § 13.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 44, § 7.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 44, § 7.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 44, § 7.

⁷⁰⁷ Et cela (c’est-à-dire l’objectivité de la distinction) au regard du but légitime poursuivi par le législateur qui est, d’une part, de choisir, parmi les langues officielles de la Belgique, celle qui sera la langue d’enseignement et la langue subventionnée sur le territoire en question et, d’autre part, d’accentuer ou « de favoriser l’unité linguistique à l’intérieur des régions unilingues » (*ibid.*, p. 86, § 42 ; « ce but d’intérêt public ne comporte, en lui-même, aucun élément discriminatoire » dit également la Cour ; *ibid.*, p. 86, § 42).

⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 34, § 10.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 44, § 7. La Cour dit, par ailleurs, à propos de la réglementation qui ne finance que la langue majoritaire, que « de leur côté, les effets de cette mesure sont uniquement de nature à éviter qu’un enseignement subventionné et un enseignement non-subventionné ne soient dispensés dans une même école. Ils ne portent aucunement à la liberté d’organiser, indépendamment de l’enseignement subventionné, un enseignement libre d’expression française » (*ibid.*, p. 50, § 13, deuxième question traitée par la Cour). Pour l’analyse *détaillée* du raisonnement de la Cour quant à l’application de l’obligation de non-discrimination à la situation juridique de la région unilingue flamande : voir *infra*, respectivement, p. 318, 331, 348.

⁷¹⁰ Il s’agit, là, de la sixième question traitée par la Cour : *ibid.*, pp. 71-87, §§ 33-42 ; surtout § 42, plus particulièrement pp. 86-87.

⁷¹¹ *Ibid.*, § 42, p. 86.

⁷¹² *Ibid.*

14⁷¹³. D'une part, cette distinction est objective, en ce sens qu'elle forme la contrepartie d'un régime administratif d'inspection scolaire qui est dissemblable selon le type d'établissement, puisque les uns sont contrôlés alors que les autres ne le sont pas. D'autre part, cette différenciation respecte un rapport raisonnable de proportionnalité, puisque l'examen en question a précisément été mis en place pour qu' « il ne prive pas l'élève du fruit de ses études »⁷¹⁴.

Concernant, en troisième lieu, enfin, le régime particulier dont jouissent plusieurs agglomérations de la périphérie bruxelloise⁷¹⁵ : il convient de séparer, au sein de la législation s'appliquant sur le territoire de ces communes, les aspects qui, d'un côté, ont été jugés conformes au droit à ne pas subir de discrimination, de ceux qui, de l'autre, ont été considérés contraires à ce réquisit. Cette dernière occurrence est d'autant plus notable qu'elle forme le seul cas de discrimination retenu en l'espèce ; pour le reste, la Cour a considéré que les différences de traitement opérées entre les membres des deux communautés linguistiques – et qui sont, par définition, bien moindres que celles s'appliquant en région unilingue – ne sont pas discriminatoires, *a fortiori* serait-on tenté d'ajouter.

Certes, la Cour a constaté qu'il existe, dans les communes considérées, quelques différences de traitement, quant aux règles qui régissent la mise en place de l'enseignement primaire officiel dans les deux langues (l'instruction en français est conditionnée par un nombre minimal de demandes en ce sens, émanant de leurs habitants ; alors que, de son côté, l'instruction en néerlandais n'est soumise à aucune sujétion de ce type) et quant au contenu des études elles-mêmes (l'enseignement du français est assorti d'un enseignement approfondi du néerlandais ; alors que l'inverse n'est pas vrai). Mais elle considère que ces distinctions sont justifiées au regard des exigences qui découlent de l'article 14 de la Convention⁷¹⁶.

⁷¹³ Contrairement à la Commission qui, dans son rapport du 24 juin 1965, exprime l'avis qu'il y a violation de l'article 14 sur ce point : voir ComEDH, *Affaire linguistique belge*, rapport du 24 juin 1965, §§ 442-451, *Série B*, vol. I, pp. 335-339.

⁷¹⁴ CourEDH, *Affaire linguistique belge*, précit., p. 86, § 42. En effet, « le titulaire d'un certificat non homologable peut obtenir la reconnaissance officielle de ses études en se présentant devant le jury central » (*ibid.*).

⁷¹⁵ Il s'agit, là, des troisième et cinquième questions traitées par la Cour ; *ibid.*, respectivement, pp. 51-56, §§ 14-19 (surtout le § 19, plus particulièrement p. 56) ; pp. 61-70, §§ 26-32 (surtout § 32, plus particulièrement pp. 68-71).

⁷¹⁶ Elle a ajouté, qu' « en outre la création et le maintien d'un enseignement dispensé en français sont possibles dans lesdites communes » (*ibid.*, p. 56, § 19) ; ce qui signifie – suivant une perspective de comparaison différente de la précédente – que dès l'instant où, à côté de l'enseignement primaire officiel en néerlandais, la création et le maintien d'un enseignement primaire officiel en français trouvait une concrétisation, il n'existait par suite pas de différence de traitement entre les membres des deux communautés, et donc aucune inégalité. Pour être véritablement exhaustif, il importe d'ajouter qu'en ce qui concerne les habitants d'une de ces communes, qui se plaignaient, quant à eux, de l'absence d'un enseignement secondaire officiel en français, la Cour a présenté sa réponse en suivant, là encore, deux perspectives. Elle a fait observer que même en néerlandais, l'agglomération en question ne possédait pas un tel enseignement ; ce qui signifie qu'il n'existait donc pas de différence de traitement, les deux communautés étant dans la même situation dans la commune en question (*ibid.*) ; elle a, par ailleurs, fait remarquer que la création d'un enseignement secondaire officiel est

En revanche, la Cour a estimé que les règles qui régissent l'inscription des enfants aux écoles situées dans ces quelques communes de la périphérie de Bruxelles dotées d'un statut propre, introduisaient une discrimination contraire à l'article 14 combiné avec la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1⁷¹⁷. La distinction litigieuse est alors la suivante : alors que les écoles de langue française des agglomérations considérées ne sont pas accessibles aux enfants dont les parents résident en dehors de ces communes, les écoles de langue néerlandaise des mêmes communes accueillent tout enfant, quels que soient sa langue et son lieu de résidence. La Cour constate ainsi que « les enfants néerlandophones qui résident dans la région unilingue française, d'ailleurs toute proche, ont accès aux établissements scolaires de langue néerlandaise existant dans les six communes, tandis que les enfants francophones habitant la région unilingue néerlandaise, se voient refuser l'accès aux écoles françaises des mêmes communes. De même, les classes néerlandaises des six communes sont ouvertes aux enfants néerlandophones de la région unilingue néerlandaise, alors que les classes françaises desdites communes sont fermées aux enfants francophones de cette région »⁷¹⁸.

Tout le problème de l'appréciation d'une telle dissymétrie venait de l'ambiguïté du statut de ces communes, qui se trouvait à mi-chemin entre le bilinguisme de la ville de Bruxelles et l'unilinguisme de la région de Flandre. Cette ambiguïté a rejailli sur les rapports que ces écoles entretiennent avec "l'extérieur", c'est-à-dire les habitants de la Flandre et ceux de la Wallonie. Si l'on considère – à l'instar d'une partie des juges dissidents⁷¹⁹ – que les agglomérations en question sont plus proches du modèle de la région unitaire flamande, les deux langues sont dans une situation qui est alors "relativement" dissemblable, de sorte qu'une différence de traitement dans les règles d'accès à leurs écoles ne se présente pas comme une inégalité, mais comme une différenciation en correspondance avec cette dissemblance (ceci explique que le gouvernement belge ait déclaré devant le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, le 12 avril 1972, que la Belgique avait mis fin à la violation de la Convention, en intégrant en 1970 ces communes de la périphérie bruxelloise au sein de la région de langue néerlandaise⁷²⁰). En revanche, si l'on considère – à l'instar de la majorité

« une question laissée à l'appréciation des autorités nationales compétentes » ; ce qui veut très certainement dire que si l'État était amené à ne créer qu'un établissement secondaire néerlandophone, une telle différence de traitement serait justifiée de la même manière qu'elle l'était sous le régime de la région unilingue flamande précédemment étudié par elle (*ibid.*).

⁷¹⁷ Il s'agit, là, du deuxième volet de la cinquième question, pp. 61-71, §§ 26-38, surtout le § 32, plus particulièrement pp. 69-71. La Cour est ici en accord avec la Commission qui, dans son rapport du 24 juin 1965, exprime l'avis qu'il y a violation de l'article 14 sur ce point : voir ComEDH, *Affaire linguistique belge*, rapport du 24 juin 1965, § 440, *Série B* vol. I, pp. 334-335.

⁷¹⁸ CourEDH, *Affaire linguistique belge*, précit., p. 70, § 32.

⁷¹⁹ Opinion dissidente collective de MM. Les juges Holmbäck, Rodenbourg, Ross, Wiarda et Mast ; *ibid.*, pp. 89-95.

⁷²⁰ Région flamande, dans laquelle la Cour européenne a jugé – rappelons-le – qu'au regard du but légitime d'homogénéisation linguistique sur cette partie du territoire, les distinctions établies par la législation belge en la matière entre les deux langues sont objectives. Sur la portée de ce changement, opéré en 1970, du cadre juridique de ces communes : Y. Houyet, *op. cit.*, p. 407 *sqq.* Cet auteur souligne que « le législateur n'est cependant jamais intervenu pour supprimer la condition de résidence fixée par l'article 7 § 3 des lois coordonnées du 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative, qui était en cause dans cette affaire » (*ibid.*, p.

des juges européens – qu’elles sont plus proches du modèle paritaire de la capitale bruxelloise⁷²¹, les deux langues sont dans une situation qui est alors “relativement” semblable ; de sorte qu’une différence de traitement dans les règles en question se présente indéniablement comme une inégalité, puisqu’un tel traitement n’est plus en accord avec l’idée selon laquelle leurs statuts respectifs, sans être exactement les mêmes, demeurent foncièrement très proches les uns des autres.

Tel est effectivement le constat de la Cour : « une telle mesure ne se justifie pas eu égard aux exigences de la Convention, en tant qu’elle comporte, au détriment de certains individus, les éléments d’un traitement discriminatoire fondé plus encore sur la langue que sur la résidence »⁷²². Ces « éléments » sont de deux ordres. La Cour déplore, tout d’abord, que « cette mesure ne s’applique pas de façon uniforme aux familles parlant l’une ou l’autre langue »⁷²³ alors que leur situation est analogue ; c’est-à-dire qu’elles sont toutes dans la même position d’extériorité par rapport auxdites communes⁷²⁴. Le traitement n’est conséquemment pas objectif. La Cour dénonce ensuite le fait que « la mesure litigieuse ne respecte pas entièrement, dans le chef de la plupart des requérants et de leurs enfants, le rapport de proportionnalité »⁷²⁵ ; et cela, pour la raison suivante : contrairement à la position des enfants néerlandophones de la région unilingue flamande, qui disposent d’écoles dans leur propre langue et ont, de surcroît, accès aux écoles néerlandaises desdites communes, celle des enfants francophones de cette même région a pour caractéristique qu’« il n’existe pas de telles écoles dans les communes où ils résident »⁷²⁶, pas plus qu’un accès aux écoles françaises desdites communes. Le traitement ne respecte donc pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre l’étendue du droit à l’instruction qui est accordée aux uns comparée à celle qui est accordée aux autres⁷²⁷. C’est, là, la seule discrimination qui a été retenue dans

407). Ce dernier constat fait dire à l’auteur qu’« il ne semble [...] pas établi avec certitude que le rattachement des communes à statut linguistique propre à la région de langue néerlandaise ait suffi à faire disparaître la discrimination dont l’article 7 § 3 des lois coordonnées du 18 juillet 1966 est entaché » (*ibid.*, p. 410) ; en ce sens également : la version provisoire du rapport de L. Nabholz-Haidegger sur la protection des minorités en Belgique, adopté par la Commission des questions juridiques et des droits de l’homme du Conseil de l’Europe, le 18 mars 2002, p. 3 et p. 14. ; voir aussi la Résolution 1301 relative à la protection des minorités en Belgique établie sur la base du rapport de L. Nabholz-Haidegger et adoptée par l’Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe le 26 septembre 2002, p. 7.

⁷²¹ La référence faite par la Cour, au milieu de son raisonnement, au régime de la capitale bruxelloise permet clairement de le comprendre ainsi : la Cour note, en effet, que le régime de ces six communes « contraste » avec le régime de la ville de Bruxelles ; CourEDH, *Affaire linguistique belge*, précit., p. 70, § 32.

⁷²² *Ibid.*, p. 70, § 32.

⁷²³ *Ibid.*

⁷²⁴ Ce qui amène la Cour à souligner qu’« il apparaît, dès lors, que la condition de résidence [...] procède uniquement, dans le cas des requérants, de considérations tenant à la langue » ; *ibid.*

⁷²⁵ *Ibid.*

⁷²⁶ *Ibid.*

⁷²⁷ Pour l’analyse *détaillée* de l’application, par la Cour, de l’obligation posée par l’article 14 à la situation juridique de ces communes de la périphérie bruxelloise : voir *infra*, respectivement, p. 319, 331, 349.

cette espèce⁷²⁸, ainsi que la seule violation de la Convention qui a été enregistrée dans cette affaire. C'est, aussi, dans l'histoire du traité européen, le premier constat de discrimination qui a été prononcé par la Cour européenne des droits de l'homme.

Cette synthèse⁷²⁹ des solutions arrêtées sous l'angle de l'article 14 de la Convention permet d'avoir une vision claire du contexte dans lequel la Cour a été amenée à dégager la définition de principe de l'interdiction de la discrimination qu'il convient à présent d'étudier en tant que telle.

B. La définition de principe de l'obligation de non-discrimination dans l'*Affaire linguistique belge*

C'est à l'occasion de cette inaugurale *Affaire linguistique belge* que la Cour a présenté son interprétation de l'interdiction de la discrimination que contient la Convention européenne.

Autant la Commission européenne des droits de l'homme a pu, avec une indéniable clairvoyance, contribuer à mettre en relief certaines particularités concernant l'applicabilité de l'obligation de non-discrimination – notamment la nature « conditionnelle » de sa mise en œuvre⁷³⁰ – autant son apport concernant le contenu même de l'obligation est resté assez maigre, pour ne pas dire inexistant. La Commission a certes tenté de définir le concept de discrimination à partir des notions de « rigueurs, inégalités ou désavantages »⁷³¹. Cependant,

⁷²⁸ Pour être tout à fait exhaustif, il faut encore signaler l'absence de discrimination concernant les conditions d'accès aux écoles françaises de Louvain et Heverlée pour deux catégories très spéciales d'enfants, auxquels les requérants se comparaient : les enfants des membres du personnel de l'Université de Louvain et les enfants de personnes de nationalité étrangère ayant un statut diplomatique. La Cour a jugé que la différence de traitement entre lesdits enfants et les enfants des requérants était justifiée par « des besoins découlant du caractère bilingue de l'Université de Louvain » (*ibid.*, p. 69) pour la comparaison avec les premiers et par « les usages de la courtoisie internationale » (*ibid.*) pour la comparaison avec les seconds. Il faut signaler que la Commission a, dans son rapport du 24 juin 1965, exprimé l'avis contraire et a estimé qu'il y avait violation de l'article 14 sur ce point : voir ComEDH, *Affaire linguistique belge*, rapport du 24 juin 1965, § 440, *Série B*, vol. I, pp. 334-335.

⁷²⁹ Pour l'analyse *détaillée* du processus de concrétisation de l'obligation posée par l'article 14 à la situation juridique de la région unilingue flamande ainsi qu'à celle des communes de la périphérie bruxelloise : voir *infra*, respectivement, p. 318, 319, 331, 333, 348, 349.

⁷³⁰ Comme nous avons déjà pu le souligner, la Commission n'a pas seulement aidé à mettre en lumière le caractère « dérivé » de l'obligation d'égalité, elle a également mis en exergue le rôle que joue l'obligation de non-discrimination à la frontière des droits garantis par la Convention : voir *supra* p. 229.

⁷³¹ La Commission a tenté de définir les discriminations prohibées par l'article 14 ainsi : il s'agit, selon elle, de distinctions, introduites par une législation étatique, qui s'analysent, non pas comme « des faveurs ou des privilèges » accordés à tels ou tels, mais comme des « rigueurs, des inégalités ou des désavantages » imposés à tels ou tels autres et qui ne peuvent se justifier par « des nécessités d'ordre administratif, financier ou autre », mais qui traduisent – au contraire – le dessein « délibéré » de « léser » les seconds dans leurs « intérêts » ou « d'affaiblir » leur « position ». Nous résumons ici l'opinion de la Commission, telle qu'elle est exprimée au paragraphe 425 de l'avis consigné dans le rapport du 25 juin 1965 rendu dans cette *Affaire linguistique belge*. Ce paragraphe débute de la sorte : « Cependant, il ne suffit pas de constater que la législation litigieuse, si on la

la proposition ébauchée par cette dernière ne présentait qu'un seul atout, le seul qui vaille la peine d'être relevé : celui de recourir à un vocable qui laisse entendre, de manière plus ou moins audible, une autre particularité de la norme d'égalité, à savoir que le droit subjectif à la non-discrimination est un droit dont l'objet est intersubjectif. En effet, une personne ne peut subir de « désavantages » que par rapport, c'est-à-dire par comparaison, à une autre personne⁷³². Pour le reste, la valeur heuristique de la définition esquissée par la Commission européenne est assez pauvre et demeure même plutôt confuse. Il est donc peu surprenant que cette instance n'ait, sur ce point, absolument pas été suivie par la Cour, laquelle ne fait aucune mention des notions de « rigueurs » ou de « désavantages », et ne les discute d'ailleurs même pas. La source d'inspiration de la Cour européenne n'a donc pas été la Commission, mais les juridictions nationales, comme elle le précise elle-même, en préambule de la définition qu'elle donne du droit à la non-discrimination.

La définition juridique du principe d'égalité par la Cour européenne des droits de l'homme, à l'occasion de l'*Affaire linguistique belge* du 23 juillet 1968, est donc la suivante : « La Cour, suivant en cela les principes qui se dégagent de la pratique judiciaire d'un grand nombre d'États démocratiques, retient que l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime : l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »⁷³³.

considère dans son ensemble, a pour but et pour effet de favoriser en région flamande, quant à la jouissance de certains droits garantis par la Convention, les habitants d'expression néerlandaise et de défavoriser dans la même région les habitants francophones, ainsi que d'ailleurs les Flamands qui désireraient faire donner à leurs enfants une instruction en français. Il ne découle pas de cette seule constatation que toutes les distinctions introduites par ladite législation soient nécessairement incompatibles avec l'article 14 de la Convention. Il faudra encore rechercher si ces distinctions s'analysent uniquement en des faveurs ou des privilèges accordés à la population d'expression néerlandaise ou si, au contraire, elles imposent à la population francophone des rigueurs, des inégalités ou des désavantages. Dans le premier cas, la Commission ne serait pas en mesure de conclure à l'existence d'une violation de l'article 14. D'autre part, dans la seconde hypothèse, on devra se demander si les rigueurs, inégalités ou désavantages en question peuvent se justifier par des nécessités d'ordre administratif, financier ou autre, ou si, au contraire, ils sont délibérément imposés à la population francophone dans le but de léser ses intérêts ou d'affaiblir sa position dans la communauté » ; ComEDH, *Affaire linguistique belge*, Rapport du 25 juin 1965, § 425 (il s'agit là des deux premiers des trois sous-paragraphes qui constituent cette subdivision), *Série B*, p. 325.

⁷³² L'idée de comparaison se trouvait d'ailleurs au centre de la définition de la non-discrimination donnée par la Commission européenne des droits de l'homme dans le rapport du 12 décembre 1966 qu'elle a rendu dans l'affaire *Grandath*. La Commission y précisait que pour conclure à l'existence, ou non, d'une discrimination, « il fallait comparer deux ou plusieurs groupes ou catégories de personnes et constater : 1/ qu'un groupe était traité différemment et moins favorablement qu'un autre groupe ; 2/ que ce traitement différentiel était fondé sur des motifs inacceptables » ; ComEDH, *Grandath c. République Fédérale d'Allemagne*, rapport du 12 décembre 1966, req. n° 2299/64, *D&R* p. 34.

⁷³³ CourEDH, *Affaire linguistique belge*, précit., p. 34, § 10.

Comme on peut le constater, un traitement non-discriminatoire est un traitement qui repose sur une « justification objective et raisonnable ». Que faut-il entendre par « objective et raisonnable » ?

Une rapide analyse de la manière dont s'articulent les diverses propositions contenues dans ce célèbre attendu peut participer à un début de réponse. Comme la jurisprudence ultérieure constante a pu le prouver⁷³⁴, l'argumentation de la Cour est en deux temps. Dans un premier mouvement, la juridiction européenne présente une définition synthétique de l'obligation de non-discrimination (« l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de *justification objective et raisonnable* »). Dans un second mouvement, la Cour explicite ladite obligation (« l'existence d'une *pareille justification...* ») ; cette explication se fait elle-même en deux temps. Elle semble, d'abord et à titre préalable, indiquer quels sont les éléments qui sont en jeu dans le jugement d'égalité (« L'existence d'une *pareille justification doit s'apprécier par rapport...* »)⁷³⁵. Elle paraît, ensuite et à titre principal, indiquer quelles sont les deux implications concrètes qui doivent respectivement⁷³⁶ être tirées d'une pareille obligation de justification objective et raisonnable (« une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention *ne doit pas seulement* [...] l'article 14 est *également violé lorsqu'il...* »)⁷³⁷. Ce sont ces implications concrètes qui doivent à présent être détaillées et examinées quant à leur contenu.

Pour pouvoir comprendre entièrement les différentes composantes de la définition du principe d'égalité, telle qu'elle a été posée dans cet arrêt de principe, il faut se référer à l'opinion collective des juges Holmbäck, Rodenbourg, Ross, Wiarda et Mast, qui accompagne le jugement rendu par la Cour dans cette affaire⁷³⁸. Lesdits magistrats fournissent une

⁷³⁴ En effet, par la suite, à partir de l'arrêt *Marckx* de 1979, la Cour a le plus souvent utilisé et utilise encore une formule qui ne garde, de l'énoncé exprimé dans l'*Affaire linguistique belge*, que le corps de la définition de la non-discrimination, de sorte qu'il est aisé de distinguer celui-ci des éléments venant simplement le compléter. Ce libellé est le suivant : « une distinction se révèle discriminatoire si elle “manque de justification objective et raisonnable”, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas “un but légitime” ou si fait défaut un “rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé” » (CourEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 33).

⁷³⁵ Le juge européen en signale deux : d'un côté, le but visé par la loi en cause, de l'autre, ses effets matériels (« doit s'apprécier par rapport *au but et aux effets de la mesure considérée* »). L'italique est de notre fait.

⁷³⁶ Nous soutenons que les deux concrétisations qui suivent illustrent (ou doivent être interprétées comme illustrant) les deux adjectifs « objective et raisonnable ». Ainsi, l'exigence de légitimité du but concrétise, bien que de façon maladroite et partielle, le réquisit d'objectivité et l'exigence d'un rapport raisonnable de proportionnalité concrétise, bien que de façon bien moins maladroite et bien moins partielle que précédemment, le réquisit de raisonnabilité.

⁷³⁷ En premier lieu, il est fait allusion à une exigence de légitimité du but poursuivi (« une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un *but légitime...* »). En second lieu, il est fait référence à une exigence de rapport raisonnable de proportionnalité (« ...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 »). L'italique est de notre fait.

⁷³⁸ CourEDH, *Affaire linguistique belge*, précit., *Série A* n° 6, pp. 89-95. Pour une remarquable présentation de la genèse et des enjeux du procédé que constitue l'opinion séparée : E. Zoller, « La pratique de l'opinion dissidente aux États-Unis », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril – La République*, Paris, Montchrestien, 2001, pp. 609-622.

explication de ce que la Cour a voulu signifier ; et cela, de manière fort pédagogique, puisqu'ils prennent même le soin de numéroter les différents moments ou aspects qui composent la définition de la non-discrimination. Il importe de relever que lesdits magistrats signalent qu'ils « ne contestent pas le bien-fondé » des principes arrêtés par la Cour *in abstracto*⁷³⁹ : c'est donc bien l'opinion de la Cour dans son ensemble qu'ils entendent décrire et expliciter⁷⁴⁰.

L'explicitation fournie par ces juges est la suivante : « L'arrêt expose [...] dans sa partie générale quand la distinction de traitement est contraire à l'article 14. Il établit les règles suivantes : 1/ La distinction doit poursuivre un but légitime. 2/ La distinction ne peut manquer de "justification objective". 3/ L'article 14 est violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »⁷⁴¹.

Leur opinion se sépare de celle de la majorité, uniquement pour ce qui concerne l'appréciation *in concreto* de la rupture – avérée pour les juges majoritaires, non réalisée pour

⁷³⁹ « Les tenants de l'opinion dissidente ici exposée, ne contestent pas le bien-fondé de ces cinq principes mais ils prétendent qu'il y a discordance entre les prémisses juridiques posés par la Cour et la réponse donnée à la seconde branche de la cinquième question » (*ibid.*, p. 90), c'est-à-dire celle qui avait trait à la différence de traitement opérée par les règles qui régissent l'inscription des enfants aux écoles existant dans les communes de la périphérie bruxelloise.

⁷⁴⁰ En effet, même les deux autres opinions séparées qui ont été exprimées dans cette affaire – celle du juge G. Maridakis (*ibid.*, pp. 96-102, notamment pp. 100-102) et celle du juge Terje Wold (*ibid.*, pp. 103-109, notamment pp. 107-109) – ne contestent aucunement lesdits principes : le premier fait une appréciation personnelle et globale (« les lois belges considérées comme un tout » ; *ibid.*, p. 102) des faits de la cause, pour estimer qu'il n'y a aucune discrimination ; le second conteste, quant à lui, l'applicabilité de l'article 14 (« l'article 14 ne peut s'appliquer en l'espèce » ; *ibid.*, p. 107).

⁷⁴¹ CourEDH, *Affaire linguistique belge*, précit., Série A n° 6, pp. 89-90. L'énumération ne s'arrête pas là, elle se poursuit par la mention des deux points supplémentaires suivants : « 4/ L'existence de ce rapport raisonnable doit s'apprécier en connaissance des données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'État qui, en qualité de Partie Contractante, répond de la mesure contestée. 5/ La Cour ne saurait, dans l'exercice de ce pouvoir d'appréciation, se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention. Il en résulte que les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention, et que le contrôle de la Cour ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention » (*ibid.*, p. 90). Sur les cinq points présentés, seuls les trois premiers ont spécifiquement trait à l'interprétation du principe d'égalité garanti par l'article 14 de la Convention, les deux derniers sont des considérations d'ordre général qui touchent l'ensemble des droits formulés par l'instrument conventionnel (le quatrième et avant-dernier principe indique certes les éléments sur lesquels porte le contrôle de la Cour, et notamment celui qu'elle effectue dans le cadre de l'article 14, mais d'une manière qui reste trop générale). La suite de l'argumentation de cette opinion séparée le prouve d'ailleurs, puisqu'elle ne retient, finalement, plus que trois points. Le cinquième et dernier principe est une considération qui, cette fois, est d'ordre tout à fait général et qui, à proprement parler, ne découle pas de la structure ou du programme normatif du principe d'égalité de l'article 14 lui-même, mais caractérise, de façon générale, la méthode de contrôle de la Cour pour ce qui concerne la plupart des droits énoncés par la Convention ; aussi, cette considération, tenant à l'existence d'une marge nationale d'appréciation, peut réellement être laissée de côté. Il ne faut, en effet, pas oublier que l'*Affaire linguistique belge* compte parmi les tout premiers arrêts dont la Cour a eu à connaître et que le caractère abstrait de la norme égalitaire a pour effet de poser les problèmes d'interprétation à leur plus haut degré problématique : il n'est donc pas étonnant que la Cour ait été conduite à émettre, à l'occasion de cette affaire, des directives d'interprétation qui sont générales.

les juges minoritaires – du rapport raisonnable de proportionnalité dans l’une des nombreuses occurrences litigieuses soumises à la haute juridiction européenne dans cette affaire. Cette occurrence, c’est précisément celle où la Cour a jugé qu’il y avait violation de l’article 14 de la Convention, c’est-à-dire celle qui avait trait aux règles qui régissent l’inscription des enfants dans les écoles situées dans les communes de la périphérie bruxelloise. Comme cela a déjà pu être mentionné, la législation belge instituait, sur cette partie du territoire, une différence de traitement en ce qui concerne les enfants résidant en dehors desdites communes entre, d’un côté, les néerlandophones, lesquels ont accès aux écoles de langue néerlandaise dans les collectivités en question, et de l’autre, les francophones, lesquels n’ont pas accès aux écoles de langue française dans ces mêmes agglomérations⁷⁴². Il est intéressant de constater que les juges dissidents ont considéré que cette législation satisfaisait certes aux exigences de légitimité et d’objectivité, mais non à l’exigence de proportionnalité. Comme ils l’affirment eux-mêmes, « ils estiment : I/ que la distinction de traitement incriminée poursuit un but légitime ; II/ que les mesures incriminées reposent sur des données objectives qui les justifient ; III/ que l’absence de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, n’est pas établie et n’est certainement pas clairement établie »⁷⁴³, contrairement à ce qu’a estimé la majorité des juges à propos de cette question⁷⁴⁴.

Ce point de détail mis à part, réitérons que les juges Holmbäck, Rodenbourg, Ross, Wiarda et Mast font savoir qu’ils « ne contestent pas le bien-fondé » des principes définis par la Cour⁷⁴⁵. Et en effet, on retrouve bien, dans le corps de l’arrêt, des formulations qui reflètent ces différents éléments. Concernant la référence à la finalité recherchée par la législation examinée, la juridiction européenne utilise, par exemple – à propos de la question de la validation des études secondaires – la formule suivante : « la Cour relève tout d’abord que le législateur, en adoptant le système litigieux, *a poursuivi un but d’intérêt public* : [...] Ce but d’intérêt public ne comporte, en lui-même, aucun élément discriminatoire »⁷⁴⁶. Concernant l’exigence d’objectivité, la haute juridiction européenne explique de manière absolument éloquente – à propos du régime linguistique de la région unilingue flamande – que « l’article 14 n’empêche pas une distinction de traitement *si elle repose sur une appréciation objective de circonstances de fait essentiellement différentes* et si, s’inspirant de l’intérêt public, elle ménage un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts de la communauté et le respect des droits et libertés garantis par la Convention »⁷⁴⁷. Ou bien, toujours sur cette idée d’objectivité du traitement, le juge européen affirme – à propos de la langue officielle d’enseignement dans les communes de la périphérie bruxelloise – que « la loi ne dépasse pas *un cadre tracé selon*

⁷⁴² Voir *supra* p. 265.

⁷⁴³ *Ibid.*, p. 90.

⁷⁴⁴ *Ibid.*, pp. 69-71.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, p. 90.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, p. 86 (l’italique est de notre fait) ; cette expression se situe dans la réponse apportée par la Cour à la sixième question qu’elle aborde (*ibid.*, pp. 71-81, surtout pp. 86-87).

⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 44 (l’italique est de notre fait) ; cette assertion se trouve dans la réponse que la Cour donne à la première question traitée par elle (*ibid.*, pp. 36-34, surtout pp. 43-44).

des critères objectifs et s'inspire d'un intérêt public »⁷⁴⁸. Concernant enfin l'exigence de proportionnalité, la Cour conclut – sur la question du régime d'inscription des enfants dans les écoles de ces mêmes localités – que « la mesure litigieuse ne respecte pas entièrement, dans le chef de la plupart des requérants et de leurs enfants le *rapport raisonnable de proportionnalité* entre les moyens employés et le but visé »⁷⁴⁹.

En résumé, un traitement conforme au principe de non-discrimination est un traitement qui – selon la Cour – ne manque pas de « justification objective et raisonnable » ; or, un traitement qui est fondé sur une « justification objective et raisonnable » est un traitement, qui – comme l'expliquent les juges précités – « poursuit un but légitime », « repose sur des données objectives » et respecte un « rapport raisonnable de proportionnalité ». Ainsi se présente la définition jurisprudentielle du droit à la non-discrimination telle qu'elle résulte de l'arrêt de principe rendu dans l'*Affaire linguistique belge*.

Cette présentation peut être clarifiée plus avant. De fait, dès lors que ce qu'il s'agit d'évaluer ici, c'est l'objectivité de réglementations juridiques et que, dans l'ordre humain, l'objectivité en soi n'existe pas, il est alors méthodiquement correct que le point de perspective à partir duquel apprécier si les mesures juridiques en question « reposent sur des données objectives qui les justifient » soit précisément le « but légitime » poursuivi par lesdites mesures. Or, dès l'instant que l'objectivité d'un acte législatif ou réglementaire s'apprécie au regard du but que la mesure en cause cherche à atteindre, il convient de considérer que l'examen du but visé, d'un côté, et, l'examen des données objectives, de l'autre, sont inextricablement liés, de sorte qu'ils ne forment qu'une seule et même phase de contrôle. En définitive, il n'y a donc en tout et pour tout que deux véritables étapes : celle de la « justification objective », d'une part, et celle de la justification « du rapport raisonnable de proportionnalité », d'autre part.

En résumé, un traitement conforme au principe d'égalité est donc bien un traitement qui repose sur une « justification objective et raisonnable », comme l'affirme la Cour. Un traitement qui est fondé sur une « justification objective et raisonnable » est un traitement qui, au regard du « but légitime » poursuivi, « repose sur des données objectives » et respecte un « rapport raisonnable de proportionnalité ». Voici donc, pour s'en tenir au fond, la définition correcte du principe d'égalité, telle qu'elle est issue de l'arrêt fondateur en la matière.

Cette définition du principe de non-discrimination peut encore être affinée. Dans l'horizon de la non-discrimination, toute action législative se présente, soit comme un acte

⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 56 (l'italique est de notre fait) ; cette phrase a été énoncée lors de l'examen de la troisième question (*ibid.*, pp. 51-56, surtout p. 56).

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 70 (l'italique est de notre fait) ; on l'aura reconnu, cette sentence concerne le fameux deuxième volet de la cinquième question envisagé par la Cour (*ibid.*, pp. 61-71, surtout pp. 69-71) ; comme on le sait, c'est précisément ce point qui est le lieu de désaccord avec les juges Holmbäck, Rodenbourg, Ross, Wiarda et Mast (*ibid.*, p. 90).

d'association des sujets de droit, soit comme un acte de dissociation des sujets de droit ; or, ces deux opérations, lorsqu'elles sont exécutées, doivent impérativement respecter deux exigences – l'objectivité et la raisonnable – dont l'évaluation s'effectue, par définition, de manière comparative : le traitement des uns par comparaison au traitement des autres.

Aussi, examiner l'objectivité d'une réglementation en application du principe de non-discrimination, c'est toujours examiner l'objectivité du traitement assigné à tel individu, par comparaison au traitement réservé à tel autre individu. Plus exactement, examiner l'objectivité d'une réglementation en matière d'égalité, c'est toujours se poser la question de savoir si les données caractérisant la situation de telle personne justifient le traitement qui lui est octroyé, par comparaison à la question de savoir si les données caractérisant la situation de telle autre personne justifient le traitement qui est assigné à cette autre personne. En bref, sur le terrain de la non-discrimination, l'objectivité dont il s'agit est toujours une objectivité que nous proposons de désigner comme étant une "objectivité comparée".

Dans le même esprit, évaluer si, en application du principe d'égalité, une législation respecte « un rapport raisonnable de proportionnalité », c'est peut-être apprécier si le « moyen » que constitue le découpage des sujets de droit qui a été choisi par le législateur, par préférence à d'autres découpages possibles, est approprié pour atteindre le « but visé », mais c'est surtout évaluer si le découpage en question n'introduit pas un écart – entre la liberté accordée aux uns, par comparaison à celle octroyée aux autres – qui serait disproportionné ou déraisonnable. Autrement dit, l'État débiteur de l'obligation de non-discrimination doit respecter « un rapport raisonnable de proportionnalité » entre l'étendue de liberté dont jouissent les uns et celle dont bénéficient les autres. Dans le domaine du principe d'égalité, la proportionnalité dont il s'agit est toujours une proportionnalité qu'il convient de désigner comme étant une "proportionnalité comparée"⁷⁵⁰ ou bien une "raisonnable comparée".

En définitive, un traitement conforme au principe d'égalité est un traitement qui est fondé sur une justification comparativement objective et raisonnable (ou sur une justification d'objectivité et de raisonnable comparées)⁷⁵¹. Telle est donc la structure principale formant la définition jurisprudentielle du principe de non-discrimination.

Reste à commenter la phrase selon laquelle « l'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux

⁷⁵⁰ Rappelons que nous empruntons la formule à O. Jouanjan (*Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, op. cit.*, p 275).

⁷⁵¹ En d'autres termes, il s'agit d'un traitement qui, au regard du but légitime poursuivi, repose comparativement sur des données objectives et respecte comparativement un rapport raisonnable de proportionnalité. Voilà des formulations qui sont méthodologiquement correctes du point de vue du programme normatif propre à cette norme. Nous invitons vivement la haute juridiction européenne à les reprendre à son compte. De tels énoncés auraient l'avantage de ne pas seulement être méthodiquement justes, mais de rester aussi en harmonie avec les formules utilisées dans la jurisprudence actuelle.

principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques ». Ces propos ne font pas partie du corps de la définition du droit à l'égalité de traitement ; ils désignent les éléments qui doivent être pris en compte pour juger du caractère objectif et raisonnable d'une distinction. Nous aurons ultérieurement l'occasion de nous pencher plus longuement sur la place qu'occupe chacun de ces éléments dans le processus de concrétisation du droit à l'égalité de traitement. Pour l'instant, nous voudrions simplement faire remarquer que la référence aux « effets de la mesure considérée » doit être interprétée comme une assignation à considérer non seulement – et en toute circonstance – les effets directs de la règle en cause, le régime juridique qu'elle établit expressément ; mais aussi – le cas échéant – ses effets indirects, les conséquences médiates qu'elle n'a pas formellement énoncées. En clair, elle doit se comprendre comme le fondement de l'interdiction de la discrimination, tant directe, comme c'est le cas pour la majorité des affaires examinées par la Cour, qu'indirecte, à l'instar des arrêts *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* (hypothèse simple de discrimination indirecte) et *Thlimmenos* (hypothèse complexe de discrimination indirecte)⁷⁵².

C'est précisément cette dernière décision qu'il nous faut étudier à présent. Parce qu'elle est un cas de figure très particulier, l'affaire *Thlimmenos* peut être décrite sous l'angle de l'interdiction de la discrimination aussi bien directe qu'indirecte. À ce stade des développements, nous retiendrons prioritairement la contribution, considérable, qu'elle apporte à la définition de l'interdiction de la discrimination directe.

§ 2. L'arrêt *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000⁷⁵³

Adopté à l'unanimité de la Grande Chambre, l'arrêt *Thlimmenos* est la seconde affaire importante quant à l'interprétation du contenu de l'obligation de non-discrimination que pose le principe d'égalité garanti par la Convention européenne des droits de l'homme. Il est assez surprenant de constater que la contribution de l'affaire *Thlimmenos* à la définition de la non-discrimination n'a suscité – de façon perceptible tout du moins – aucun débat, ni au stade de la Commission⁷⁵⁴, ni à celui de la Cour⁷⁵⁵. Pourtant, les implications tant pratiques que

⁷⁵² Voir *infra* p. 335.

⁷⁵³ CourEDH, Grande Chambre, *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-IV, pp. 307-323. Voir également l'Avis de la Commission formulé dans le rapport qu'elle a rendu dans cette affaire : ComEDH, *Thlimmenos c. Grèce*, 4 décembre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-IV, pp. 324-337. Les développements de ce paragraphe, consacré à l'arrêt *Thlimmenos*, constituent une synthèse des problèmes soulevés en l'espèce et de la solution arrêtée par la haute juridiction européenne en application de l'article 14 ; pour l'analyse *détaillée* du processus de concrétisation de l'obligation de non-discrimination concernant cette affaire : voir *infra*, respectivement, p. 324, p. 338 (notamment p. 339 et p. 342) et p. 353.

⁷⁵⁴ L'Avis de la Commission formulé dans le rapport du 4 décembre 1998 est certes accompagné de deux opinions séparées ; mais celles-ci ne discutent nullement la question de la définition de la non-discrimination formulée par la majorité de la Commission dans cette affaire, elles ne débattent que du fondement textuel le plus

théoriques, ou même symboliques, de cet arrêt sont considérables et touchent à une question – le droit à la différence, pour le formuler grossièrement – qui constitue l’un des sujets les plus brûlants de la philosophie politique ou de la théorie juridique des libertés fondamentales ou de l’État (en ces domaines, il n’est besoin de citer que le problème des minorités).

En effet, l’originalité de cet arrêt réside dans la capacité que possède, désormais, le principe de non-discrimination de questionner la validité d’un traitement identique et, le cas échéant, de sanctionner l’État pour ne pas avoir établi une différence de traitement, en ce qui concerne l’objet que la législation en cause régit directement et explicitement.

Ce faisant, cet arrêt illustre également ce que nous proposons de nommer une “hypothèse complexe de discrimination indirecte”. Effectivement, dans un tel cas de figure, le respect de l’obligation de différencier le sort juridique des uns et des autres permet d’éviter que ne se produise, par ailleurs, en ce qui concerne un objet que la législation en cause ne régit pas directement et explicitement, une différence de traitement, discriminatoire. Réitérons que, pour l’instant, nous mettrons surtout l’accent sur l’apport que cet arrêt fait à la définition de l’interdiction de la discrimination directe.

Une brève remarque avant de commencer l’étude de cette affaire : contrairement à ce que l’on pourrait croire, l’arrêt *Thlimmenos* n’est, rigoureusement parlant, pas la toute première affaire dans laquelle la Cour européenne des droits de l’homme s’est considérée fondée à contrôler si un traitement identique n’était pas discriminatoire et reposait sur une justification objective et raisonnable. Tel a déjà été le cas dans l’arrêt *Lithgow et autres* du 8 juillet 1986, qui avait trait aux modalités d’indemnisation d’une série de personnes physiques et morales, suite à la nationalisation d’entreprises dans les industries aéronautiques et navales au Royaume-Uni à la fin des années 1970⁷⁵⁶. Dans cette affaire, la Cour a effectivement

adéquat pour appréhender le cas d’espèce : cette affaire aurait « principalement dû être examinée sous l’angle de l’article 9 lu isolément », selon l’opinion des commissaires Rozakis, Liddy, Marxer, Nowicki, Conforti et Bratza (ComEDH, *Thlimmenos c. Grèce*, rapport du 4 décembre 1998, *Recueil* 2000-IV, pp. 332-334, notamment p. 332, § 1) ; elle aurait pu être contrôlée, à la fois sous l’angle des articles 14 et 9 combinés, et sous celui de l’article 9 considéré isolément, ce qui leur auraient permis de « se renforcer mutuellement », selon l’opinion du commissaire Alkema (*ibid.*, pp. 335-337, notamment p. 335).

⁷⁵⁵ L’arrêt est adopté à l’unanimité et n’est accompagné d’aucune opinion séparée. De même, les commentaires de la doctrine concernant cette affaire semblent, à notre connaissance, être restés relativement succincts. Le lecteur pourra ainsi consulter les chroniques suivantes : J.-P. Marguénaud et J. Raynard, « Chronique – Sources internationales : Requiem pour l’adage *Ubi lex non distinguit* ? La Cour européenne des droits de l’homme pourfend les lois trop générales qui n’établissent pas de discriminations positives », *RTD civ* 2000, pp. 434-436 ; F. Sudre, *JCP* 2001, I, p. 291, n° 32 ; J.-F. Flauss, « Actualité de la Convention européenne des droits de l’homme », *AJDA* 2000, pp. 537-538 (J.-F. Flauss fait par ailleurs remarquer que « la solution ainsi arrêtée dépasse le cadre des seules professions réglementées. Elle devrait apparemment valoir pour toute activité professionnelle, à l’exception de celles privées ou publiques pour lesquelles l’accomplissement préalable d’un service militaire constituerait une exigence liée à la nature de l’emploi postulé » ; p. 537).

⁷⁵⁶ CourEDH, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1986. Il est même possible de citer un autre arrêt contrôlant un traitement identique, à peine plus ancien puisqu’il date aussi de l’année 1986 : il s’agit de l’arrêt *James et autres* du 21 février 1986, concernant le régime anglais et gallois de l’emphytéose. Cependant, le contrôle opéré par la Cour, aboutissant au constat de non-violation, est trop elliptique pour y voir un précédent.

évalué si « l'application d'un même traitement aux entreprises en expansion et aux sociétés en déclin »⁷⁵⁷ est, ou non, conforme aux exigences de l'article 14 de la Convention. Cet arrêt exemplifie, lui aussi, l'idée suivante : ce qu'il s'agit d'évaluer en l'espèce, c'est la validité d'un traitement corrélant des effets directement identiques et indirectement différents : après examen, la Cour considère, en effet, qu'« on peut dès lors considérer comme fondée sur une justification objective et raisonnable *la distinction résultant, selon les requérants, du traitement identique réservé aux sociétés en expansion ou au contraire en déclin* »⁷⁵⁸.

Qu'est-ce qui différencie l'affaire *Lithgow* de l'affaire *Thlimmenos*, et contribue à faire de la décision rendue en 2000 un arrêt de principe, contrairement à son prédécesseur de 1986 ? D'abord, très certainement, le fait que l'arrêt *Thlimmenos* a conclu, quant à lui, à la violation du droit à la non-discrimination. Ensuite, bien plus sûrement, la circonstance que l'arrêt *Thlimmenos* énonce de façon délibérée, d'une manière qui se pose clairement au niveau des principes, l'idée selon laquelle le droit à la non-discrimination peut – le cas échéant – engendrer à la charge de l'État une obligation de différencier.

Pour toutes ces raisons – et sans doute plus encore que pour l'*Affaire linguistique* – la connaissance du cas d'espèce de l'affaire *Thlimmenos* (A) aide à mieux comprendre la position de principe qui a été arrêtée par la Cour dans ce jugement du 6 avril 2000 (B).

A. Le cas d'espèce de l'arrêt *Thlimmenos* sous l'angle de l'obligation de non-discrimination

Après une brève mention des faits à l'origine de cette affaire (1), suivra un rapide résumé de la solution concrète retenue (2).

1. Les faits de l'espèce

À l'origine de cette affaire se trouve une requête introduite contre la Grèce par un ressortissant hellène, M. Iakovos Thlimmenos. Adepte du mouvement des « Témoins de Jéhovah », il refusa, pour cette raison, d'effectuer « un service militaire non armé »⁷⁵⁹ à une

Après un examen de l'affaire sous l'angle de l'article 1 du Protocole n° 1, le juge la considère sous l'angle de l'article 14 et déclare, à propos du premier des deux griefs soulevés : « dans le contexte de ce dernier [c'est-à-dire de l'article 1 du Protocole n° 1], la Cour a estimé que l'absence d'un système détaillé de chacun des rachats envisagés n'aboutissait pas à rendre inacceptable l'application desdites lois. Elle n'aperçoit aucune raison de ne pas arriver à la même conclusion sous l'angle de l'article 14 » ; CourEDH, *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, § 76.

⁷⁵⁷ CourEDH, *Lithgow et autres*, précit., titre introduisant les paragraphes 182 et 183.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, § 183 (l'italique est de notre fait).

⁷⁵⁹ CourEDH, *Thlimmenos*, précit., § 23.

époque où la Grèce était déclarée « en état de mobilisation générale »⁷⁶⁰ ; il fut, de ce fait, condamné pour insubordination à une peine d'emprisonnement, l'infraction relevant nécessairement, selon la législation alors en vigueur, de la catégorie des crimes. Or, quelques années plus tard, après avoir passé avec succès l'examen d'État permettant d'accéder à la profession d'expert-comptable, le requérant s'est vu refuser une telle nomination au motif qu'il ne remplissait pas l'une des conditions légales d'entrée dans cette profession : celle qui exige de ne pas avoir été reconnu coupable de crime, quel qu'il soit. Le plaignant prétendait que cet aspect de la réglementation hellène engendrait une discrimination fondée sur les convictions religieuses contraire à l'article 14 combiné avec l'article 9 de la Convention, lequel sauvegarde le droit à la liberté de conscience. En substance, le requérant faisait grief à la législation grecque régissant l'entrée aux fonctions d'expert-comptable d'opérer un traitement identique (touchant au refus d'accès à ce métier) de personnes qui se trouvent dans des situations essentiellement dissemblables (d'un côté, les candidats dont la pratique religieuse est indirectement un obstacle à l'admission dans la profession d'expert-comptable et, de l'autre, les candidats dont les convictions religieuses ne constituent indirectement pas un obstacle pour accéder à ce corps de métier).

2. La solution d'espèce

La réponse apportée par la Cour européenne à la question de savoir si, dans cette affaire *Thlimmenos*, l'article 14 de la Convention était respecté, se présente ainsi : « Selon sa jurisprudence, la Cour doit d'abord déterminer si le fait de n'avoir pas traité le requérant différemment d'autres personnes convaincues d'un crime poursuivait un but légitime. Dans l'affirmative, la Cour vérifiera s'il existait un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but recherché. La Cour estime qu'en principe, les États ont un intérêt légitime à exclure certains délinquants de la profession d'expert-comptable. Toutefois, elle considère par ailleurs que, contrairement à des condamnations pour d'autres infractions majeures, une condamnation consécutive à un refus de porter l'uniforme pour des motifs religieux ou philosophiques ne dénote aucune malhonnêteté ou turpitude morale de nature à amoindrir les capacités de l'intéressé à exercer cette profession. L'exclusion du requérant au motif qu'il n'avait pas les qualités requises n'était donc pas justifiée. La Cour prend note de l'argument du Gouvernement selon lequel les personnes qui refusent de servir leur pays doivent être punies en conséquence. Toutefois, elle relève également que le requérant a purgé une peine d'emprisonnement pour avoir refusé de porter l'uniforme. Dans ces conditions, la Cour estime qu'infliger une autre sanction à l'intéressé était disproportionné. Il s'ensuit que l'exclusion du requérant de la profession d'expert-comptable ne poursuivait pas un but légitime. Partant, la Cour considère que le refus de traiter le requérant différemment des autres personnes reconnues coupables d'un crime n'avait aucune justification objective et

⁷⁶⁰ *Ibid.*, § 19.

raisonnable »⁷⁶¹. Autrement dit, l'État, « ... en adoptant la législation pertinente, sans introduire les exceptions appropriées à la règle excluant de la profession d'expert-comptable les personnes convaincues d'un crime, a enfreint le droit du requérant de ne pas subir de discrimination dans la jouissance de son droit au regard de l'article 9 de la Convention. Partant, la Cour conclut qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 9 »⁷⁶².

B. La définition de principe de l'obligation de non-discrimination dans l'arrêt *Thlimmenos*

L'affaire *Thlimmenos* constitue une indéniable avancée dans l'histoire de la garantie de l'égalité par la Convention européenne des droits de l'homme et, de façon plus large, par le droit international des droits de l'homme ; or, c'est d'abord à la Commission européenne des droits de l'homme que l'on doit cette avancée. De fait, la Cour s'est en l'espèce contentée de reprendre la position de la Commission, qui était la suivante : « la Commission considère que le droit de jouir des droits reconnus dans la Convention sans être soumis à discrimination est transgressé non seulement lorsque des États traitent différemment des personnes placées dans des situations analogues, sans fournir de justification objective et raisonnable, mais également lorsque, sans justification objective et raisonnable, ils ne traitent pas différemment des personnes dont les situations sont différentes »⁷⁶³.

La définition du principe d'égalité par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Thlimmenos* se présente, quant à elle, ainsi : « la Cour a conclu jusqu'à présent à la violation du droit garanti par l'article 14 de ne pas subir de discrimination dans la jouissance des droits reconnus par la Convention lorsque les États font subir sans justification objective et raisonnable un traitement différent à des personnes se trouvant dans des situations analogues [...]. Toutefois, elle estime que ce n'est pas la seule facette de l'interdiction de toute discrimination énoncée par l'article 14. Le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »⁷⁶⁴.

L'apport de l'affaire *Thlimmenos* peut sembler infime ; il est en vérité considérable. Il peut paraître négligeable dans la mesure où cette décision ne change rien à la définition de la

⁷⁶¹ *Ibid.*, § 47 (*in fine*).

⁷⁶² *Ibid.*, § 48 (*in fine*) et § 49.

⁷⁶³ ComEDH, *Thlimmenos*, 4 décembre 1998, § 49 (*Recueil des arrêts et décisions* 2000-IV, p. 328).

⁷⁶⁴ CourEDH, *Thlimmenos*, 6 avril 2000, § 44. Pour un exemple de confirmation de l'arrêt *Thlimmenos* : CourEDH, *Coster c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, § 141 (cette décision de non-violation se contente essentiellement de rappeler les principes définis le 6 avril 2000).

non-discrimination : cette dernière commande toujours qu'un traitement issu des pouvoirs publics repose sur une justification objective et raisonnable ; une telle logique du principe d'égalité reste invariable, comme le montre encore bien mieux la formulation choisie par la Commission par rapport à celle retenue par la Cour. L'évolution réside, en revanche, dans le fait que ce n'est plus seulement le traitement différent qui doit satisfaire à l'impératif d'objectivité et de raisonnabilité, mais également le traitement uniforme.

Autrement dit, une discrimination est constituée, aussi bien lorsqu'il y a traitement différent de situations essentiellement semblables, que lorsqu'il y a traitement identique de situations essentiellement dissemblables. En d'autres termes, la non-discrimination est respectée, aussi bien lorsqu'il y a identité de traitement de situations essentiellement semblables, que lorsqu'il y a différence (raisonnable) de traitement de situations essentiellement dissemblables. Doivent ainsi, au nom du principe de non-discrimination, pouvoir être qualifiés d'objectifs et raisonnables, à la fois le traitement identique, et le traitement différent.

En résumé, un traitement conforme au principe d'égalité est toujours un traitement qui est fondé sur une justification objective et raisonnable ; il s'agit toujours d'un traitement qui, au regard du but poursuivi, repose sur des données objectives et respecte un rapport raisonnable de proportionnalité, comme cela a été posé dans l'inaugurale *Affaire linguistique belge*. Toutefois, à partir de l'arrêt *Thlimmenos*, le traitement soumis à de telles exigences n'est plus seulement le traitement distinctif, il est aussi le traitement identique.

Une rapide remarque à cet égard. Un traitement identique de situations objectivement semblables est un traitement qui, par lui-même, respecte l'exigence d'un rapport raisonnable de proportionnalité ; puisque chacun bénéficie, par définition, de la liberté concernée dans les mêmes proportions⁷⁶⁵. Un traitement différent de situations objectivement dissemblables doit, quant à lui, encore respecter l'exigence d'un rapport raisonnable de proportionnalité.

Formulé d'une autre manière, on se trouve en présence d'une discrimination quand la puissance publique adopte, à l'égard des sujets de droit, le comportement suivant : soit l'État applique, à des individus placés dans des situations rigoureusement semblables, une différence de traitement ; soit l'État applique, à des individus placés dans des situations, certes dissemblables, une différence de traitement qui est disproportionnée ou déraisonnable ; soit l'État applique un traitement identique à des individus se trouvant dans des situations qui sont très essentiellement dissemblables. Les deux premières hypothèses sont couvertes par la jurisprudence issue de l'*Affaire linguistique belge*, la dernière hypothèse est désormais couverte par la jurisprudence *Thlimmenos*. Les deux premiers cas de figure ont tous deux pour

⁷⁶⁵ Car il ne crée, par définition, aucun écart de liberté, puisqu'il s'agit d'un traitement identique de situations identiques (mais à condition de satisfaire au préalable à l'exigence d'objectivité), comme nous avons déjà pu le souligner à l'occasion de nos développements théoriques : voir *supra* p. 165.

objet de contenir la différence de traitement : soit en la réduisant à néant, soit en la réduisant dans une proportion raisonnable. Le dernier cas de figure a pour objet d'établir la différence raisonnable de traitement.

En présence d'une volonté qui entendrait traiter deux personnes différemment, le principe d'égalité a pour objet de contraindre juridiquement une telle volonté d'agir : soit en réclamant de respecter une absence de différence de traitement, si les personnes concernées se trouvent dans une situation essentiellement semblable ; soit en exigeant de respecter une différence raisonnable de traitement, si les personnes intéressées sont dans une situation essentiellement dissemblable. Et, en présence d'une volonté qui entendrait traiter deux personnes identiquement, le principe d'égalité a pour objet de contraindre juridiquement une telle volonté d'agir en commandant d'établir une différence raisonnable de traitement, si les personnes concernées se trouvent dans une situation très essentiellement dissemblable.

En définitive, au terme de sa première « facette », pour reprendre un terme employé par la Cour, le principe d'égalité requiert, soit l'absence de différence de traitement (autrement dit, il commande le traitement identique), soit l'absence de disproportion de la différence de traitement (autrement dit, il réclame la proportionnalité ou la raisonnable de la différence de traitement). Au terme de sa seconde « facette », l'égalité requiert la différence de traitement elle-même (autrement dit, il exige une absence de traitement identique).

Cependant, dans le cadre de l'égalité, la différence n'est jamais entièrement recherchée pour elle-même : la singularité doit, au nom de la non-discrimination, n'être prise en compte que dans la mesure où le respect de la différence permet, par ailleurs, d'éviter la survenance d'une discrimination indirecte et de rétablir indirectement une identité de traitement. En l'occurrence, dans cette affaire *Thlimmenos*, l'établissement d'un traitement différent (en ce qui concerne la possibilité d'être nommé expert-comptable) selon la nature des faits constitutifs du crime éventuellement commis par les candidats à un tel poste aurait (par ailleurs, concernant la liberté de conscience des candidats) permis de respecter un traitement identique de tous les candidats, quelles que soient leurs convictions religieuses ; ou, ce qui revient au même, d'éviter une discrimination indirecte dans l'exercice de la liberté religieuse selon la nature des convictions. En cela, l'arrêt *Thlimmenos* illustre une "hypothèse complexe de discrimination indirecte"⁷⁶⁶. Celui-ci nous aide à comprendre qu'au sein de l'égalité, la différence de traitement n'est, à un certain niveau, requise que parce qu'elle permet, par ailleurs, à un niveau plus fondamental, de respecter une identité de traitement.

Pour l'exprimer de façon quelque peu sommaire : de la même manière que dans le cadre de la jurisprudence de l'*Affaire linguistique*, la différence de traitement n'est "acceptée" que si elle reste raisonnable, dans le cadre de la jurisprudence *Thlimmenos*, la différence de

⁷⁶⁶ Pour la présentation détaillée de cette notion de "discrimination indirecte complexe" : voir *infra*, respectivement, p. 324, p. 337, p. 338 (notamment p. 339 et p. 342) ainsi que p. 353 (notamment p. 353).

traitement n'est "réclamée" que si elle permet de rétablir – par ailleurs – l'identité de traitement. Ce qui signifie, sur un plan tant théorique que pratique, que l'égalité ne requiert, dans tous les cas, la différence que de manière secondaire. La différence constitue bien une exigence qui est véritablement interne à l'égalité ; mais une exigence qui, en son sein, demeure irrémédiablement contingente.

Section 2. L'appréciation critique des énoncés jurisprudentiels de l'obligation de non-discrimination

Sur le plan des principes, la jurisprudence européenne en matière de non-discrimination est donc marquée par deux grands arrêts : en premier lieu et à titre principal, l'*Affaire linguistique belge*, puis, en second lieu et à titre complémentaire, l'affaire *Thlimmenos*.

Ceci étant posé, il convient de faire remarquer que, lorsque le juge européen est amené à appliquer le principe de non-discrimination, celui-ci fait le plus souvent usage d'une formule qui retient, parmi l'ensemble des propositions énoncées lors de l'*Affaire linguistique belge*, ce qui peut être désigné comme le corps de la définition du principe d'égalité posé le 23 juillet 1968. Ainsi, à partir de l'arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, la juridiction européenne a recours à l'énoncé-type suivant : « selon la jurisprudence constante de la Cour, une distinction se révèle discriminatoire si elle "manque de justification objective et raisonnable", c'est-à-dire si elle ne poursuit pas "un but légitime" ou si fait défaut un "rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé" »⁷⁶⁷. De manière plus brève encore, il arrive assez régulièrement que la Cour n'utilise que la formule exigeant une « justification objective et raisonnable »⁷⁶⁸.

Par ailleurs, postérieurement à l'*Affaire linguistique belge*, la Cour a fait usage de la formule selon laquelle l'article 14 de la Convention n'entre en jeu que pour « des personnes placées dans des situations analogues ou comparables »⁷⁶⁹. Nous montrerons qu'à proprement

⁷⁶⁷ CourEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 33 (pour un commentaire : G. Cohen-Jonathan, « Cour européenne des droits de l'homme – chronique de jurisprudence 1979 », *CDE* 1980, pp. 473-481) ; ou bien, par exemple, CourEDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985 : « une distinction est discriminatoire si elle "manque de justification objective et raisonnable", c'est-à-dire si elle ne poursuit pas "un but légitime" ou s'il est clairement établi qu'il n'existe pas de "rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé" » (§ 72).

⁷⁶⁸ Voir par exemple : CourEDH, *Monnell et Moris c. Royaume-Uni*, 2 mars 1987, § 73.

⁷⁶⁹ À titre purement exemplatif et pour une illustration relativement récente : CourEDH, *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1996, § 72 ; CourEDH, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, § 75.

parler, cette condition ne fait pas partie de la définition de la non-discrimination, bien qu'elle soit parfois mêlée à l'énoncé de l'*Affaire linguistique*.

L'ensemble de la jurisprudence relative à l'égalité de traitement se caractérise par un double phénomène. D'un côté, l'invocation, par la Cour, de chacun de ces énoncés jurisprudentiels (l'expression « justification objective et raisonnable », la formule « but légitime »/« rapport raisonnable de proportionnalité », la locution « situations analogues ou comparables ») ne paraît pas toujours guidée par une politique claire et uniforme. Tantôt la Cour rappelle la formulation qu'elle a arrêtée dans l'*Affaire linguistique belge* ; tantôt elle a recours à la version condensée qu'en a donnée l'affaire *Marckx* ; tantôt elle se contente de la formule encore plus resserrée qui ne mentionne que la condition d'une « justification objective et raisonnable » ; tantôt elle ne se réfère qu'à la seule question des « situations analogues ou comparables » ; tantôt elle cumule cette dernière avec l'une des trois tournures précédentes ; tantôt, enfin, elle résout le grief relatif à l'article 14 sans faire référence à aucune de ces locutions⁷⁷⁰. De l'autre côté, il existe pourtant une certaine régularité ou uniformité : celle de la récurrence de libellés qui restent, à quelques détails près, les mêmes au fil des arrêts rendus ; de sorte qu'il est possible d'affirmer qu'en la matière, la jurisprudence européenne a très peu évolué.

Face à de tels énoncés, la question qui se pose immédiatement est alors la suivante : pourquoi, ou en quoi le concept d'égalité implique-t-il la poursuite d'un but légitime ? Quel lien, quelle articulation, y a-t-il entre l'idée d'égalité d'un côté, et celle du but visé, de l'autre ? La seconde question qui mérite d'être soulevée est exactement la même que la précédente, mais elle concerne l'idée de proportionnalité : pourquoi, ou en quoi le concept d'égalité implique-t-il une « proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » comme le prétend la Cour européenne ? Quel lien, quelle articulation, y a-t-il entre l'idée d'égalité d'un côté, et celle de proportionnalité, de l'autre ? De manière similaire, pourquoi le juge européen affirme-t-il que le droit établi par l'article 14 protège « les individus placés dans des situations analogues ou comparables » ? Quelle liaison y a-t-il entre la non-discrimination, d'une part, et la condition d'analogie ou de comparabilité, d'autre part ?

S'il nous a paru utile de remonter à ces questions de fond, c'est parce les éléments de réponse, qui peuvent éventuellement être trouvés dans la jurisprudence européenne ou dans la doctrine, sont assez maigres et restent foncièrement insatisfaisants. De manière peut-être plus préoccupante, il y a en matière de non-discrimination une véritable dissension entre, d'une part, le discours que tient le juge sur sa propre pratique et, d'autre part, la manière dont son raisonnement fonctionne en réalité. Comment expliquer ce porte-à-faux entre le dire et le faire ? Il nous semble qu'il y a plusieurs raisons à cela.

⁷⁷⁰ Les références des arrêts illustrant ces différents cas de figure seront indiquées en note au fil des développements à venir.

Il existe, d'abord, des raisons très profondes : elles résident dans l'indéniable difficulté à construire et à maintenir un raisonnement herméneutique cohérent à partir du postulat contemporain selon lequel l'égalité protégée par la Convention européenne des droits de l'homme « n'interdit pas toute distinction », comme le pose la Cour dans son premier arrêt en la matière⁷⁷¹.

Il existe, ensuite, des raisons plus tangibles : les incohérences et les indéterminations du discours du juge européen en matière de non-discrimination proviennent, pour une large part, d'une transposition a-critique du principe de proportionnalité tel qu'il fonctionne dans le domaine des libertés individuelles, au domaine de l'égalité individuelle, où il ne peut – par définition – pas fonctionner de la même manière. En effet, la place qu'occupent, au sein du raisonnement de la protection de la non-discrimination, le but légitime visé par la loi et la proportionnalité est pensée par référence à la place que ces deux idées occupent dans le raisonnement de la garantie des libertés ; ce qui ne peut déboucher que sur une impasse, au plan aussi bien conceptuel que pratique.

En effet, si l'utilité de se référer à la finalité de la loi et à l'idée de proportionnalité dans le processus de concrétisation du principe de non-discrimination est bien réelle, le rôle joué par ces deux notions dans le cadre de l'application du droit protégeant l'égalité n'est absolument pas le même que dans celui d'un droit protégeant une liberté. Dans le même esprit, la condition d'analogie ou de comparabilité des situations remplit un office qui a indéniablement son utilité dans le contentieux égalitaire, mais il est primordial de ne pas se méprendre sur la fonction exacte qui est la sienne en la matière.

Notre propos consistera donc – en ce qui concerne la mention des « situations analogues ou comparables » (§ 1), du « but légitime poursuivi » (§ 2) et de la « proportionnalité » (§ 3) – à déconstruire le discours du juge européen dans chacune de ces hypothèses, pour ensuite restituer à tous ces éléments, et notamment les deux derniers, leur juste place au sein du raisonnement relatif à la non-discrimination.

§ 1. Appréciation critique de la référence à des « situations comparables » ou « analogues »

Nous montrerons que, très rapidement, la référence à des « situations analogues » n'a plus été comprise comme elle l'était à ses débuts ; ce qui a rendu son statut extrêmement

⁷⁷¹ CourEDH, *Affaire linguistique belge*, précit., p. 34 (citation *in extenso* : « L'article 14 n'interdit pas toute distinction de traitement dans l'exercice des droits et libertés reconnus »).

problématique (A). Nous insisterons donc sur la nécessité de revenir à la fonction qui était la sienne au départ : constituer un moyen d'économie procédurale (B).

A. Un usage non maîtrisé de la référence à des « situations comparables » ou « analogues »

Telle qu'elle fonctionne le plus souvent, l'utilisation de la référence à des « situations comparables » ou « analogues » amalgame malheureusement plusieurs fonctions (1) et peut être l'occasion de graves équivoques (2).

1. Un usage qui procède à des amalgames

Dans la deuxième décision qu'elle a rendue sur le fondement de l'article 14, à savoir l'arrêt *Syndicat national de la police belge* du 27 octobre 1975, la Cour a fait usage d'une formule qui a, par la suite, été assez régulièrement reprise et dont le statut est ultérieurement devenu très ambigu : à propos de l'article 14, la Cour déclare qu' « il protège les individus ou groupements placés dans une situation comparable contre toute discrimination dans la jouissance des droits et libertés »⁷⁷² reconnus par la Convention. Or, il faut immédiatement souligner que cette référence à une « situation comparable » a été exprimée au sein de développements qui avaient pour objet de déterminer si le droit de l'article 14 était applicable ou, à tout le moins, d'examiner si le grief relatif à l'article 14 était recevable⁷⁷³. En toute hypothèse, une chose est sûre : cette expression ne se situait pas dans le passage visant à préciser le contenu de l'obligation que pose cette disposition ou, tout du moins, à évaluer la conformité de l'agissement étatique à l'obligation que pose l'article 14⁷⁷⁴. En clair, cette locution ne faisait pas partie de la définition de la non-discrimination telle qu'elle a été définie dans l'inaugurale *Affaire linguistique belge* et telle qu'elle est ici interprétée et appliquée.

⁷⁷² CourEDH, *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, 27 octobre 1975, § 44. Pour un commentaire : M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, pp. 233-240.

⁷⁷³ Si l'on replace cette formule dans son contexte, le constat est sans équivoque : la citation *in extenso* de motivation de la Cour est la suivante : « l'article 14, bien qu'il n'ait pas d'existence indépendante, complète les autres dispositions normatives de la Convention et des Protocoles : il protège les individus ou groupements placés dans une situation comparable contre toute discrimination dans la jouissance des droits et libertés qu'elles reconnaissent » (*ibid.* § 44). De façon plus large, les paragraphes 43 à 45 de cet arrêt traitent de la question de l'applicabilité de l'article 14 et se terminent par le constat que « l'article 14 entre en jeu dans le domaine considéré » (*ibid.*, § 45).

⁷⁷⁴ Il s'agit des paragraphes 46 à 49 de l'arrêt. Les paragraphes 46 et 47 sont un rappel des principes posés par l'*Affaire linguistique belge* ; le paragraphe 49 (*in limine*) se présente comme une exégèse très intéressante de la définition de la non-discrimination dans l'*Affaire linguistique*, à savoir que la formule d'une « justification objective et raisonnable » ou celle du « but légitime poursuivi » et celle de la « proportionnalité » consistent à rechercher si une distinction « se justifie non seulement dans son principe, mais aussi dans son étendue » (§ 49) ; nous y reviendrons : voir *infra* p 313.

De la même manière, dans l'arrêt *Sunday Times* du 26 avril 1979 – où cette mention d'une « situation comparable » est ensuite réapparue – il semblait, en effet, clair que cette assertion qualifiait uniquement un problème d'applicabilité du droit établi par l'article 14 ou de recevabilité du grief relatif à cet article. Comme cela a déjà pu être relevé lors de l'étude du champ d'application *ratione personae* du principe de non-discrimination, cet arrêt soulève le problème de l'applicabilité de l'article 14, et plus exactement celui de l'impossibilité pour une personne titulaire du droit à l'égalité de traitement, en l'occurrence un organe de presse, de se comparer avec une entité qui n'est pas, quant à elle, titulaire du droit à la non-discrimination, c'est-à-dire l'État régalién. Dans cette affaire, les requérants stigmatisaient la différence existant entre les règles relatives au commentaire des procès en instance applicables à la presse et celles applicables au Parlement britannique. Sans faire aucune référence à la notion de justification objective et raisonnable, la Cour déclare que « presse et parlementaires ne sauraient passer pour “placés dans une situation comparable” »⁷⁷⁵. Pour l'instant, il importe uniquement de souligner que cette mention avait trait, dans cette décision également, à un problème d'applicabilité ou de recevabilité⁷⁷⁶, mais pas de conformité.

L'arrêt *Marckx*, prononcé la même année, le 13 juin 1979 exactement, était d'ailleurs – lui aussi – très explicite en ce sens. Dans cette décision, l'argumentation de la Cour faisait nettement ressortir que cette question posait le problème de l'applicabilité de l'article 14 et non celui de la conformité à cet article⁷⁷⁷. L'arrêt *Marckx* prenait, d'ailleurs, l'initiative de remplacer le terme “comparable”, par le mot “analogue”, autrement plus heureux, comme nous le montrerons par la suite. Cette décision précise effectivement que l'article 14 « protège

⁷⁷⁵ CourEDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, § 72 ; pour un commentaire : G. Cohen-Jonathan, « Cour européenne des droits de l'homme – chronique de jurisprudence 1979 », *CDE* 1980, pp. 481-488.

⁷⁷⁶ À moins que le lecteur ne suive pas cette interprétation, il est vrai, inédite de l'affaire *Sunday Times*, tant il est exact, également, que la Cour semble aussi procéder à un examen au fond lorsqu'elle précise que « presse et parlementaires ne sauraient passer pour “placés dans une situation comparable” car leurs “devoirs” et “responsabilités” sont foncièrement dissemblables » (CourEDH, *Sunday Times*, préc., § 72) et conclut en estimant qu'« il n'y a donc pas eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 10 » (*ibid.*, § 73). Dans ce cas, il faut alors considérer que l'arrêt *Sunday Times* incarne la première décision amorçant la dérive que nous dénonçons et que nous situons de préférence dans l'affaire *Van der Musselle*, comme nous allons le montrer.

⁷⁷⁷ La question de l'applicabilité de l'article 14 ou de la recevabilité du grief relatif à l'article 14 est traitée dans un paragraphe n° 32 et celle de la définition du contenu de l'obligation posée par l'article 14 est abordée dans un paragraphe n° 33, après que le paragraphe 32 a conclu à l'entrée en jeu de l'article 14. « Comme il ressort de la jurisprudence de la Cour, bien que l'article 14 n'ait pas d'existence indépendante il peut jouer un important rôle autonome en complétant les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles : dans la jouissance des droits et libertés qu'elles reconnaissent, il protège contre toute discrimination les individus placés dans des situations analogues. Enfreint donc l'article 14, combiné avec l'article de la Convention ou des Protocoles consacrant tel droit ou liberté, une mesure conforme en elle-même aux exigences du second mais revêtant un caractère discriminatoire incompatible avec le premier. Tout se passe comme si l'article 14 faisait partie intégrante de chacune des dispositions garantissant des droits et libertés. Dès lors, et puisque l'article 8 entre en ligne de compte en l'espèce, il y a lieu de prendre aussi en considération l'article 14 combiné avec lui » (CourEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 32). « Selon la jurisprudence constante de la Cour, une distinction se révèle discriminatoire si elle “manque de justification objective et raisonnable” c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un “but légitime” ou si fait défaut un “rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé” » (*ibid.*, § 33).

contre toute discrimination les individus placés dans des situations analogues »⁷⁷⁸. Cette situation de relative clarté a cependant été de courte durée.

Petit à petit, en effet, les arrêts rendus ultérieurement ont opéré un glissement, faisant passer cette assertion d'un statut vers un autre, de sorte qu'aujourd'hui, le statut de la référence au défaut d'analogie ou de comparabilité est devenu complètement flottant. Tantôt – comme nous allons le voir – le recours à cette argumentation remplace l'exigence d'une justification objective et raisonnable, sans qu'il ne soit fait aucunement référence à cette dernière exigence, comme s'il s'agissait de la seule question à résoudre pour constater l'absence de discrimination⁷⁷⁹. Tantôt l'inverse se produit : la Cour ne se préoccupe pas de savoir si les situations juridiques qui lui sont désignées sont, ou non, analogues ; elle analyse directement le caractère objectif et raisonnable de la distinction litigieuse⁷⁸⁰. Tantôt – comme nous le verrons également – les deux expressions sont présentes, et la mention du caractère analogue ou comparable semble se présenter comme un élément supplémentaire de la définition de la non-discrimination, une exigence substantielle additionnelle qui précède celle du caractère objectif et raisonnable⁷⁸¹, mais qu'elle articule parfois de diverses manières⁷⁸².

Ce dérapage a commencé avec l'arrêt *Van der Musselle* du 23 novembre 1983. Cette affaire a effectivement amorcé une dérive de la part du juge européen : celle qui consiste à recourir à cette formule de l'absence d'analogie des positions des uns et des autres afin d'éviter d'entrer dans le fond du contrôle, lequel impose d'examiner si la distinction repose sur une justification objective et raisonnable ; ce faisant, la tournure de la "situation analogue"

⁷⁷⁸ *Ibid.*, § 32.

⁷⁷⁹ Voir par exemple : CourEDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, §§ 70-73 ; CourEDH, *Van der Musselle c. Belgique*, 23 novembre 1983, § 46 ; CourEDH, *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, §§ 60-61 ; CourEDH, *Gerber c. Turquie*, 8 juillet 1999, § 54 (1^{er} volet du grief) ; CourEDH, *Palumbo c. Italie*, 30 novembre 2000, § 52 ; CourEDH, *A. c. Royaume-Uni*, 17 décembre 2002, §§ 106-107.

⁷⁸⁰ Voir par exemple : CourEDH, *Kamasinski c. Autriche*, 19 décembre 1989, §§ 105-108 ; CourEDH, *C. c. Belgique*, 7 août 1996, §§ 37-38 ; CourEDH, *Les Saints Monastères c. Grèce*, 9 décembre 1994, § 92 ; CourEDH, *Sterjna c. Finlande*, 25 novembre 1994, §§ 48-51.

⁷⁸¹ Voir par exemple : CourEDH, *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, 27 octobre 1975, § 44 et §§ 46-49 ; CourEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 32 et § 33 *sqq.* ; CourEDH, *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, §§ 35-36 et §§ 38-42 ; CourEDH, *Fredin c. Suède*, 18 février 1991, § 60 ; CourEDH, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, § 73 ; CourEDH, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, §§ 75-77 ; CourEDH, *Odièvre c. France*, 13 février 2003, §§ 55-56.

⁷⁸² Parfois on pourrait croire que la Cour choisit la formule par le biais de laquelle elle va résoudre la question de sorte que les deux propositions se présentent comme une alternative qui ont chacune la même valeur ; voir par exemple : CourEDH, *Moustaquim c. Belgique*, 18 février 1991, § 49 ; CourEDH, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society c. Royaume-Uni*, 23 octobre 1997, § 118. Parfois la Cour doute ou fait seulement l'hypothèse de la "comparabilité" des situations, mais se prononce néanmoins sur le caractère objectif et raisonnable de la distinction qui lui est soumise ; voir par exemple : CourEDH, *Jong, Baljet et van der Brink c. Pays-Bas*, 22 mai 1984, § 62 ; CourEDH, *Monnell et Morris c. Royaume-Uni*, 2 mars 1987, § 73 ; CourEDH, *Stubblings et autres c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1996, § 73 ; CourEDH, *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, § 36 ; CourEDH, *P.M. c. Italie*, 11 janvier 2001, § 55. Parfois, enfin, la Cour opère son contrôle sans faire appel à aucune de ces deux formulations ; voir par exemple : CourEDH, *Gerber c. Turquie*, 8 juillet 1999, § 54 (2^e volet du grief).

remplace l'examen au fond. À l'origine de l'affaire *Van der Mussele* se trouve un avocat stagiaire qui estimait que l'obligation, qui lui était faite par la réglementation belge sur la commission d'office d'assurer la défense d'un prévenu sans rémunération ni même remboursement des frais, constituait une discrimination par rapport à d'autres professions, notamment judiciaires et parajudiciaires, qui bénéficient, quant à elles, d'une prise en charge de leurs dépenses. Ne faisant aucune référence à la formule relative à la "justification objective et raisonnable", le juge européen estime, à propos de l'article 14, qu'« il protège contre toute discrimination les individus placés dans des situations analogues. Or il existe entre le barreau et les diverses professions énumérées par l'intéressé, y compris même les professions judiciaires et parajudiciaires, des différences fondamentales que Gouvernement et majorité de la Commission soulignent à juste titre : différences quant au statut, aux conditions d'accès à la carrière, à la nature des fonctions, à leurs modalités d'exercice, etc. Les éléments dont dispose la Cour ne révèlent pas de similitude entre les situations disparates dont il s'agit : chacune d'elles se caractérise par un ensemble de droits et d'obligations dont il apparaît artificiel d'isoler un aspect donné. Sur la base des griefs du requérant, la Cour n'aperçoit donc pas de violation des articles 14 et 4 combinés »⁷⁸³. Comme on le voit, le constat de l'existence, ou non, d'une analogie entre les termes d'une différence de traitement remplace, purement et simplement, l'examen de l'existence, ou non, d'une justification objective et raisonnable de ladite différence de traitement. Comme on peut le constater, cette question des situations analogues – qui, dans un premier temps, était uniquement relative à un problème de recevabilité du grief concernant l'article 14 – tend progressivement à se substituer et à se confondre avec le problème de l'examen au fond.

Cette confusion, c'est l'arrêt *Fredin* qui l'a parachevée, en l'intégrant à la définition de la non-discrimination, en mêlant au sein d'une seule et même phrase, et la référence aux "situations comparables" et celle de la "justification objective et raisonnable". Le juge européen déclare, en effet, que « d'après la jurisprudence constante de la Cour, en prohibant la discrimination, l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées en la matière dans des situations comparables. Un grief tiré de lui ne saurait donc prospérer que si, notamment, la situation de la victime prétendue se révèle comparable à celle de personnes mieux traitées »⁷⁸⁴. Ici, l'amalgame est complet. Or, une telle formulation est extrêmement préjudiciable, tant du point de vue de la compréhension de la norme d'égalité que de celui de l'application qui en a été faite.

⁷⁸³ CourEDH, *Van der Mussele c. Belgique*, 23 novembre 1983, § 46 ; pour un commentaire : G. Cohen-Jonathan, « Cour européenne des droits de l'homme – chronique de jurisprudence 1982-1983-1984 », *CDE* 1986, pp. 204-206.

⁷⁸⁴ CourEDH, *Fredin c. Suède*, 18 février 1991, § 60.

2. Un usage qui occasionne des contradictions

L'arrêt *Moustaquim* rendu le même jour illustre aussitôt ce double écueil. À l'origine de cette affaire, se trouve une requête introduite contre la Belgique, par une personne adulte de nationalité étrangère, non-ressortissante d'un État membre des Communautés européennes, qui faisait l'objet d'une procédure d'expulsion en raison de la commission de plusieurs délits sur le territoire belge. Le requérant se prétendait victime d'une discrimination fondée sur la nationalité par rapport à un autre groupe de délinquants, les délinquants mineurs, et plus exactement encore, les délinquants mineurs deux catégories : en premier lieu, ceux qui possèdent la nationalité belge, car ils se trouvent à l'abri d'une expulsion et, en second lieu, ceux qui ont la citoyenneté d'un autre État membre des Communautés européennes, car une condamnation pénale ne suffit pas à les exposer à une telle mesure. La réponse apportée par la Cour à ces deux griefs se présente comme suit : « avec la Commission, la Cour rappelle que l'article 14 protège contre des différences discriminatoires de traitement, dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention et ses Protocoles, les individus placés dans des situations analogues. En l'occurrence, on ne saurait comparer au requérant les mineurs délinquants belges : ils bénéficient du droit de résider sur le territoire de leur propre pays et ne peuvent en être expulsés [...] Quant au traitement préférentiel consenti aux ressortissants des autres États membres des Communautés, il a une justification objective et raisonnable, la Belgique faisant partie avec lesdits États d'un ordre juridique spécifique. Partant, il n'y a pas eu infraction à l'article 14 combiné avec l'article 8 »⁷⁸⁵.

Il est particulièrement incorrect d'affirmer – comme le fait la Cour – que le requérant, lequel fait partie de la catégorie des mineurs délinquants étrangers non-ressortissants communautaires, n'est pas en droit de se comparer avec les mineurs délinquants ressortissants belges, alors qu'il est autorisé à le faire avec les mineurs délinquants étrangers ressortissants communautaires. En effet, au nom du droit qu'il tient de l'article 14 de la Convention, le requérant est légitimement fondé à se comparer avec toutes les personnes qui relèvent de la juridiction de l'État contractant à la Convention, et *a fortiori* avec les personnes qui – tout comme lui – sont des mineurs délinquants. Au nom du droit qu'il tient de l'article 14, le requérant est légitimement autorisé à interroger le caractère objectif et raisonnable de ces deux distinctions ; cela, quand bien même les motifs qui fondent une différence de traitement étaient solides, profonds, voire “évidents”, comme c'est le cas pour la distinction national/étranger⁷⁸⁶. Chacune de ces deux différences de traitement possède une justification qui lui est propre et qui peut légitimement être interrogée par les exigences du droit à la non-discrimination, dès l'instant que les personnes comparées sont, toutes deux, titulaires du droit

⁷⁸⁵ CourEDH, *Moustaquim c. Belgique*, 18 février 1991, § 49.

⁷⁸⁶ L'arrêt *Gaygusuz*, n'a pas hésité, quant à lui, à constater la comparabilité ou l'analogie du ressortissant national et de l'étranger et à conclure à l'existence d'une discrimination fondée sur la nationalité au détriment de ce dernier : CourEDH, *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, § 48. Voir aussi : CourEDH, *Koua Poirrez c. France*, 30 septembre 2003, §§ 46-50.

garanti par l'article 14. Or, dans la mesure où ce refus d'opérer un contrôle de la distinction entre mineurs délinquants ressortissants belges et mineurs délinquants étrangers non-ressortissants communautaires semble découler de la définition même du droit à la non-discrimination – et non d'une volonté d'économie de moyen – cette argumentation de la Cour doit être vivement critiquée, car elle laisse croire qu'une telle distinction n'est pas redevable de l'obligation que pose l'article 14 de la Convention, alors qu'elle l'est tout autant que l'autre distinction pointée par le requérant.

Pour prendre un exemple plus récent dans ce même sens, il suffit de citer l'arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003, qui touchait aux problèmes issus des accouchements effectués sous couvert d'anonymat en vue de l'abandon de l'enfant et de son adoption par un tiers. Sous l'angle de l'article 14, « la Cour estime qu'aucune discrimination ne frappe la requérante en raison de la qualité de sa filiation car d'une part, elle dispose d'un lien de filiation à l'égard de ses parents adoptifs avec un enjeu patrimonial et successoral, et d'autre part, elle ne saurait prétendre, à l'égard de sa mère biologique, se trouver dans une situation comparable à celles d'enfants ayant une filiation établie à l'égard de celle-ci »⁷⁸⁷.

À propos de cette dernière assertion, selon laquelle la comparaison est impossible, il convient d'émettre la même critique que précédemment. Du point de vue de la méthodologie de contrôle, il est totalement incorrect, au regard du droit que protège l'article 14, d'affirmer que la requérante ne saurait prétendre se trouver dans une situation comparable à celle d'enfants ayant une filiation établie à l'égard de leur mère biologique. Les positions juridiques des uns et des autres sont bien évidemment comparables : un enfant adopté après une naissance non-assumée est assurément en droit, en application du droit que lui confère l'article 14, de se comparer avec un enfant dont la naissance a été assumée. Une telle comparaison débouche sur le constat que le droit interne établit en l'espèce une différence de traitement, dont il est possible d'examiner si elle repose sur une justification objective et raisonnable, au sens de sa jurisprudence constante. Il est aisé de deviner que la majorité de la Cour, si elle avait daigné ne pas s'en tenir à cette formule d'esquive, aurait jugé qu'une telle distinction satisfaisait à cette exigence d'une justification objective et raisonnable ; mais, quant à notre propos, là n'est pas la question. Ce qu'il convient de vivement regretter, c'est que la Cour, en usant d'une telle formule, évite trop souvent de rentrer dans le détail du contrôle qu'elle a compétence d'opérer.

En vérité, l'utilisation de la référence aux situations “analogues” ou “comparables” répond à une nécessité qui ne découle pas tant de la définition du principe d'égalité que d'une nécessité processuelle. Si elle est parfois – de façon évidemment inavouable – un outil qui permet au juge d'esquiver un examen au fond (lorsque la distinction litigieuse est

⁷⁸⁷ CourEDH, *Odièvre c. France*, 13 février 2003, § 56.

politiquement sensible par exemple), elle est le plus souvent – de manière très utile – un moyen d'économie procédurale.

B. La référence à des « situations analogues » ne peut avoir d'autre fonction que celle de constituer un moyen d'économie procédurale

Il sera, dans un premier temps, démontré que la condition relative à des « situations analogues » ne peut avoir d'autre fonction que celle d'exiger qu'un grief soit suffisamment pertinent au regard du droit que protège l'article 14 de la Convention (1). Dans un second temps, il faudra insister sur la nécessité de n'utiliser le syntagme « situations comparables » que dans des occasions exceptionnelles, ainsi que sur l'intérêt qu'il y a, dans la majorité des circonstances, de lui préférer une expression plus appropriée : celle de « situations utilement comparables » (2).

1. La fonction remplie par la condition relative à des « situations analogues » : l'exigence d'un grief suffisamment pertinent

Pourquoi la Cour européenne a-t-elle éprouvé le besoin de préciser que l'article 14 protège uniquement les personnes placées « dans des situations analogues »⁷⁸⁸, ou « dans des situations comparables »⁷⁸⁹, ou bien qu' « un grief tiré de lui ne saurait donc prospérer que si, notamment, la situation de la victime prétendue se révèle comparable à celle de personnes mieux traitées »⁷⁹⁰ ?

Ce n'est assurément pas pour des raisons internes à l'égalité, puisqu'il a largement été insisté sur le fait que la comparaison constitue le trait distinctif du principe de non-discrimination. Aussi, l'exigence d'une analogie ou d'une comparabilité des situations ne peut découler que de causes externes au principe d'égalité. En vérité, elle ne se justifie que pour des raisons d'économie de moyens. Si à l'intérieur du cercle des égaux, c'est-à-dire à l'intérieur du cercle des personnes relevant de la juridiction des hautes parties contractantes à la Convention, toutes les comparaisons sont possibles, force est de convenir que toutes les comparaisons envisageables ne se valent pas : certaines sont, pour ainsi dire, moins « judicieuses » que d'autres. Autrement dit, parmi l'infinité des différences ou des identités de traitement qui peuvent exister au sein d'un ordre juridique, toutes ne méritent pas d'être examinées. Si le juge européen exige que les positions juridiques qui sont soumises à son jugement se caractérisent par un lien de connexité suffisant, c'est pour éviter d'avoir à

⁷⁸⁸ CourEDH, *Marckx c. Belgique*, précit., § 32.

⁷⁸⁹ CourEDH, *Fredin c. Suède*, précit., § 60.

⁷⁹⁰ *Ibid.*

argumenter inutilement et d'être amené à constater l'évidence : la certitude *a priori* de la validité de différences de traitement qui correspondent de manière manifeste à de profondes différences de situations et qui sont clairement non disproportionnées, de sorte qu'il est superflu, pour le juge, de perdre du temps et de l'énergie à enregistrer leur caractère manifestement objectif et raisonnable. Dès lors que les situations juridiques pointées sont trop évidemment différentes, dès l'instant où la validité d'une différence de traitement est par trop patente, il est vain que la juridiction européenne s'y attarde : voilà pourquoi la Cour européenne réclame une analogie minimale entre les positions juridiques soumises à comparaison et au contrôle juridictionnel ; voilà le seul statut acceptable pour une telle condition.

De fait, il ressort clairement de certains arrêts que les termes d'une distinction sont réputés manquer d'analogie ou de "comparabilité" lorsqu'ils sont « foncièrement dissemblables »⁷⁹¹, comme la Cour le soutient dans l'arrêt *Sunday Times*, ou lorsqu'il existe entre eux « des différences fondamentales »⁷⁹², comme elle le dit dans l'arrêt *Van der Musselle*. En bref, il y a absence d'analogie ou de "comparabilité" entre les termes d'une distinction lorsqu'il y a une différence profonde.

Le constat de l'absence d'analogie ou de "comparabilité" des situations juridiques, énoncé sous l'angle de l'article 14, est, d'une certaine manière, la forme que prend, en matière de non-discrimination, l'absence de qualité de victime d'une violation d'un droit garanti par la Convention au sens de son article 34 ; ou bien, de façon peut-être plus approchante encore, elle est la forme que prend, dans le domaine de l'égalité, le défaut manifeste de fondement d'une requête au sens de son article 35 § 3.

Plusieurs arrêts attestent effectivement, de manière très claire, le fait que l'exigence d'analogie ne constitue pas, à proprement parler, une condition de fond émanant de la définition même de la non-discrimination, mais forme une condition de procédure intéressant la pertinence du grief. Ainsi, dans l'arrêt *Rasmussen* – qui concernait une différence de traitement entre père et mère pour l'exercice d'une action en contestation de paternité au Danemark – la juridiction européenne pose la question suivante : « le requérant et son ex-épouse se trouvaient-ils dans des situations analogues ? [...] La Cour n'estime pas devoir trancher la question, d'autant que les positions et intérêts mentionnés entrent aussi en ligne de compte pour décider si la différence de traitement se justifiait. Elle partira de l'hypothèse qu'il

⁷⁹¹ CourEDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, précit., § 72. Dans cette affaire, la Cour européenne déclare, plus exactement, que « presse et parlementaires ne sauraient passer pour "placés dans une situation comparable", car leurs "devoirs" et "responsabilités" sont foncièrement dissemblables » (*ibid.*).

⁷⁹² CourEDH, *Van der Musselle c. Belgique*, précit., § 46. Dans cette affaire, la Cour rappelle que « l'article 14 protège contre toute discrimination les individus placés dans des situations analogues ». Or, elle constate qu'il existe entre la profession du requérant – celle d'avocat stagiaire inscrit au barreau – et les personnes auxquelles il se compare – exerçant d'autres professions, y compris même les carrières judiciaires et parajudiciaires – « des différences fondamentales » ; elle conclut que « les éléments dont dispose la Cour ne révèlent pas de similitude entre les situations disparates dont il s'agit » (*ibid.*).

s'agissait de personnes placées dans des situations analogues »⁷⁹³. Dans le même esprit, il est possible de citer l'affaire *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society*, laquelle touchait à des actions en restitution de sommes versées en application de dispositions fiscales invalidées, éteintes par le jeu d'une législation rétroactive, notamment l'article 53 d'une loi britannique de 1991, qui n'avait – en revanche – pas touché une société commerciale dénommée Woolwich. À ce sujet, la Cour précise que « la Woolwich et les requérantes ne se trouvaient pas placées dans une situation comparable en la matière et qu'en toute hypothèse il y avait une justification objective et raisonnable à la décision de soustraire la Woolwich aux effets rétroactifs de l'article 53 de la loi de 1991 »⁷⁹⁴. Pour finir, mentionnons encore l'affaire *Monnell et Morris*, laquelle avait trait à une différence de traitement entre condamnés incarcérés et condamnés non détenus : la Cour européenne y affirme qu'« à supposer même que la situation de MM. Monnell et Morris pût se comparer au sort de condamnés en liberté [...] la distinction litigieuse trouvait, aux yeux de la Cour, une justification objective et raisonnable »⁷⁹⁵.

Cette possibilité d'apprécier la pertinence d'un grief ou la réalité d'un préjudice, que l'organe de contrôle strasbourgeois s'est réservé est une nécessité incontournable, tant le champ d'application de l'article 14 est vaste ; il n'en reste pas moins qu'elle comporte un risque qu'il convient de ne pas perdre de vue : celui d'avoir une conception un peu hâtive de ce qui relève de l'évidence.

En résumé, l'exigence d'une analogie ou d'une comparabilité des positions juridiques des uns et des autres ne peut se justifier que pour des motifs externes à l'égalité, à savoir des raisons d'économie de moyens. Elle ne peut avoir d'autres fonctions que celle de constituer un instrument d'économie procédurale. Cependant, il n'en reste pas moins que, sur cette question, le flou caractérise largement la jurisprudence européenne.

⁷⁹³ CourEDH, *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, §§ 35-37 (le titre de cette série de paragraphes étant inclus dans la présente citation). Cet arrêt illustre également le glissement ainsi que le flottement qui entourent le statut exact d'une telle exigence et que nous avons précédemment dénoncés : est-ce une condition de recevabilité, d'applicabilité ou une condition de fond ? Nous proposons d'interpréter cet arrêt comme traduisant le fait que la réponse ne peut être que la première de ces deux propositions. Pour un commentaire de cet arrêt : V. Coussirat-Coustère, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1984 », *AFDI* 1985, pp. 403, 412 et 414.

⁷⁹⁴ CourEDH, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society c. Royaume-Uni*, 23 octobre 1997, § 118.

⁷⁹⁵ CourEDH, *Monnell et Morris c. Royaume-Uni*, 2 mars 1987, § 73. On peut encore faire état de l'affaire *Stubbings et autres* – qui abordait notamment le problème d'une différence de traitement entre différentes catégories de victimes – dans laquelle la Cour affirme, dans un premier temps, que « les victimes de dommages intentionnels et accidentels ne peuvent passer pour se trouver dans des situations analogues aux fins de l'article 14 » et argumente en ce sens, puis ajoute, dans un second temps, « d'ailleurs, même si l'on pouvait à juste titre dresser une comparaison entre les deux groupes de plaignants dont il s'agit, la différence de traitement pourrait trouver une justification objective et raisonnable, ici encore si l'on se réfère aux traits distinctifs de chacun d'eux » et, de la même manière, argumente dans ce deuxième sens ; CourEDH, *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1996, §§ 73-74.

2. La nécessité de la justesse de la formulation relative à des « situations comparables » : l'exigence de “situations utilement comparables”

Il est donc absolument nécessaire pour la Cour de clarifier le statut d'une telle exigence dans le sens d'un retour vers son rôle originel, qui est de concerner soit l'applicabilité de l'article 14, soit la recevabilité du grief relatif à l'article 14 et de tirer toutes les conséquences attachées à un tel statut. Nous nous permettrons deux propositions en ce sens.

En premier lieu, il est primordial que la formule réclamant des « situations comparables » soit réservée aux seuls et rarissimes cas où un individu, qui est – par définition – titulaire du droit à l'égalité de traitement, se compare avec une entité qui n'est pas – quant à elle – titulaire de ce droit. Dans cette hypothèse, et dans cette hypothèse seulement, les situations ne sont effectivement pas comparables et le problème dont il s'agit est un problème d'applicabilité de l'article 14. C'est ainsi que peut être interprété l'arrêt *Sunday Times* du 26 avril 1979 sous l'angle du grief relatif à l'article 14. L'État ne faisant pas partie du cercle des égaux, il n'est effectivement pas possible de se comparer à lui pour se plaindre d'une discrimination par rapport à celui-ci. Pour cette raison, l'arrêt *Sunday Times* doit être interprété comme l'une des rares hypothèses où cette motivation de la juridiction européenne, concernant l'impossibilité de la comparaison, est véritablement idoine et ne procède pas d'un abus de langage.

Ce cas de figure mis à part, il est conceptuellement désastreux d'affirmer qu'en application de la clause de l'article 14 garanti par la Convention, « on ne saurait comparer » les positions juridiques de deux personnes qui sont pourtant toutes deux titulaires du dit droit, comme c'est le cas dans l'affaire *Moustaquim* ou dans l'affaire *Odièvre*. C'est là un abus de langage qui est extrêmement dommageable car il contredit l'essence même, le cœur inaltérable, l'invariant irrévocable de la norme d'égalité, laquelle a précisément pour objet de comparer la position juridique de telle personne avec celle de telle autre personne. Voilà pourquoi il nous semble qu'il est véritablement indispensable que, lorsque c'est possible, la haute juridiction européenne, soit préfère la formule « des situations analogues » à celle « des situations comparables », soit remplace cette dernière par “des situations utilement comparables” ; ce qui déboucherait sur des formules du type : “l'article 14 protège les individus ou groupements placés dans une situation utilement comparable...” ; “on ne saurait utilement comparer au requérant...” ; à moins que l'on préfère “on ne saurait comparer de manière pertinente...” ; etc. Cette légère modification des formules employées par la Cour permettrait de lever l'équivoque assez grave qu'en l'état, elles entretiennent, au sujet du rôle joué par l'idée de comparaison au sein de la norme d'égalité. Elle évite ainsi un excès de langage car, à l'intérieur du cercle des égaux, la comparaison est *toujours* possible. À sa manière, Tocqueville l'avait remarquablement mis en lumière : dans le régime de la démocratie, l'égalité permet à n'importe quelle personne faisant partie de la classe des égaux de se comparer avec n'importe quelle autre personne de l'ordre juridique formé par cette

classe.

Il faut d'ailleurs regretter que le mot "comparaison" ne figure pas dans la définition de la non-discrimination telle qu'elle résulte de la formulation jurisprudentielle exprimée dans l'*Affaire linguistique belge*. L'idée de comparaison n'est bien sûr pas absente de la jurisprudence relative à l'article 14 de la Convention ; elle se trouvait ainsi au centre de la définition de la non-discrimination donnée par la Commission européenne des droits de l'homme dans le rapport du 12 décembre 1966 qu'elle a rendu dans l'affaire *Grandath*, qui est d'ailleurs la première affaire ayant trait au principe de non-discrimination sur laquelle le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a statué dans une résolution du 29 juin 1967, c'est-à-dire avant que la Cour ne fasse connaître sa propre définition dans l'*Affaire linguistique belge* du 23 juillet 1968. La Commission y précisait que pour conclure à l'existence, ou non, d'une discrimination, « *il fallait comparer deux ou plusieurs groupes ou catégories de personnes* et constater : 1/ qu'un groupe était traité différemment et moins favorablement qu'un autre groupe ; 2/ que ce traitement différentiel était fondé sur des motifs inacceptables »⁷⁹⁶.

Pour ce qui concerne la Cour européenne, l'idée de comparaison ne se retrouve malheureusement pas dans les attendus de principe, mais elle est relativement présente dans les développements qui traitent concrètement du cas d'espèce. Il convient de citer en ce sens l'affaire *Dudgeon* par exemple : après avoir conclu que le requérant a subi une atteinte injustifiée à son droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8, envisagé isolément, la Cour a été amenée à se poser la question de savoir, sous l'angle de l'article 14 et 8 combinés, s'il y avait lieu de « rechercher s'il a subi de surcroît *une discrimination par comparaison avec d'autres personnes* sujettes à de moindres limitations au même droit »⁷⁹⁷.

§ 2. Appréciation critique de la référence au « but légitime poursuivi »

Ces développements se proposent de mettre en lumière les incohérences de l'argumentation du juge européen sur cette question précise du but légitime poursuivi, en tant qu'elles révèlent un usage non maîtrisé de la fonction que remplit le but légitime visé dans le

⁷⁹⁶ ComEDH, *Grandath c. République Fédérale d'Allemagne*, rapport du 12 décembre 1966, req. n° 2299/64, D&R p. 34 (l'italique est de notre fait). Dans cette affaire, le requérant, membre de la secte des "Témoins de Jéhovah" et exerçant les fonctions de "directeur des études bibliques" se prétendait victime d'une discrimination contraire à l'article 14 combiné avec l'article 4 de la Convention en raison de ce que l'exemption du service militaire lui avait été refusée, à la différence des ministres des cultes catholique et protestant.

⁷⁹⁷ CourEDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, § 69 (l'italique est de notre fait) ; en l'espèce, la réponse de la Cour est négative. Pour une phrase rigoureusement semblable, suite à un constat de violation de l'article 6 : voir CourEDH, *Philis c. Grèce*, 27 août 1991, § 68 *in fine*.

contentieux relatif au droit à la non-discrimination (A). Bien souvent, en effet, le juge européen passe à côté du véritable office que remplit la mention du but légitime poursuivi (B).

A. Un usage non maîtrisé de la référence « but légitime poursuivi »

L'usage jurisprudentiel de la mention du « but légitime poursuivi » est le plus souvent le lieu d'amalgames (1) et peut parfois déboucher sur des contradictions (2).

1. Un usage qui procède à des amalgames

Lorsqu'il est amené à contrôler un acte étatique établissant une distinction, quelle qu'elle soit, le juge européen a parfois tendance à amalgamer le constat de légitimité du but poursuivi par l'acte en cause avec le constat du caractère objectif de la distinction opérée (telle qu'elle doit être comprise depuis le point de perspective que constitue le but visé par cet acte). Une telle confusion vient du fait que la fonction que remplit la référence au but légitime dans le cadre d'une argumentation relative à la non-discrimination est pensée par référence à celle qu'elle occupe dans le raisonnement de la garantie des libertés.

Pour prendre un exemple parmi d'autres, il suffit d'observer la manière dont la juridiction européenne motive l'arrêt *Gillow c. Royaume-Uni* du 24 novembre 1986. Celui-ci mettait respectivement en jeu l'article 8, relatif au droit au respect de son domicile, ainsi que l'article 14 combiné avec ce dernier ; cette décision avait notamment traité à des différences de traitement introduites par une loi de 1975 sur le logement à Guernesey entre les personnes nées ou ayant des racines dans l'île et les autres citoyens britanniques, quant au contrôle dont ils font l'objet de la part du service des logements. L'argumentation de la juridiction européenne sur le terrain du droit à la non-discrimination se présente comme suit : « la Cour a déjà constaté la légitimité, au regard des restrictions autorisées par l'article 8, d'un traitement privilégié en faveur des personnes ayant des liens étroits avec l'île. Elle n'aperçoit pas de motif d'aboutir à une autre conclusion quant à l'article 14 combiné avec l'article 8. En outre, les données statistiques dont elle dispose n'indiquent pas que le système de contrôle institué par la loi de 1975 fût disproportionné au but recherché »⁷⁹⁸.

Comme on peut l'observer, pour l'organe de contrôle européen, la fonction remplie par le constat de la poursuite d'un but légitime est exactement la même dans le cadre de l'examen du respect de l'article 8 que dans celui de l'article 14. Cette étape du contrôle du juge possède la même signification dans l'un et l'autre cas. Alors qu'en matière d'égalité, l'enregistrement du but visé devrait n'être pour le juge qu'un étalon lui permettant d'évaluer

⁷⁹⁸ CourEDH, *Gillow c. Royaume-Uni*, 24 novembre 1986, § 65.

l'objectivité d'un traitement (c'est-à-dire d'apprécier l'adéquation entre un régime juridique et une situation), la consignation de la finalité pourchassée par la loi préjuge en elle-même de l'objectivité du traitement. Bien souvent, comme le prouve cet exemple, l'acquiescement au but légitime poursuivi constitue en lui-même une réponse positive à la question de l'objectivité du traitement.

Il se peut même qu'il préjuge, au surplus, de l'existence d'un rapport raisonnable de proportionnalité, comme le prouve l'exemple qui suit. Ainsi, à l'occasion de l'examen d'un des nombreux points en litige soulevés dans le cadre de l'*Affaire linguistique belge*, la Cour n'hésite pas à avancer que la distinction incriminée « ne constitue pas une mesure discriminatoire eu égard à la légitimité de l'objectif spécifique du législateur »⁷⁹⁹.

Comme cela peut s'observer, la légitimité de la finalité pourchassée par l'acte en cause a très vite fait de suffire à "légitimer" la distinction à laquelle il procède. Autrement dit, la légitimité du but poursuivi préjuge de tout le processus de concrétisation de l'égalité, avant même qu'il n'ait véritablement pu avoir lieu : elle préjuge en elle-même de l'adéquation de la distinction à la réalité des faits ainsi que de son caractère non disproportionné. Or, une loi peut poursuivre un but légitime et établir des distinctions qui ne correspondent pas à la réalité des situations individuelles ou qui introduisent des écarts disproportionnés entre la liberté accordée aux uns par rapport à celle octroyée aux autres. Si le jugement d'égalité se résume à l'appréciation de la légitimité du but poursuivi, le contrôle de non-discrimination court le risque de se transformer en un contrôle qui vise à apprécier l'opportunité de l'acte en cause, purement et simplement ; en poussant cette logique jusqu'au bout, le juge est alors, à chaque fois, en capacité de se substituer au législateur national. À moins que la légitimité du but visé ne soit satisfaite par le seul constat de la poursuite d'un intérêt général ; le contrôle du juge tombe alors dans l'excès inverse, celui de ne plus rien contrôler du tout en réduisant la juridiction européenne à une chambre d'enregistrement des décisions des législateurs nationaux.

En vérité, le passage en revue de l'ensemble de la jurisprudence européenne relative à l'article 14 de la Convention laisse clairement apparaître que le rôle joué par la mention du but légitime poursuivi au sein du processus de concrétisation du principe de non-discrimination est totalement approximatif.

⁷⁹⁹ CourEDH, *Affaire linguistique belge*, précit., p. 69 (il s'agit là du premier volet de la cinquième question traitée par la Cour, lequel concernait la situation très particulière des conditions d'accès aux écoles françaises de Louvain et Heverlee pour deux catégories spéciales d'enfants ; *ibid.*, pp. 68-69).

2. Un usage qui occasionne des contradictions

Ce flottement débouche parfois, comme dans l'affaire *Thlimmenos* du 6 avril 2000, sur des contradictions logiques que la Cour ne semble même pas entr'apercevoir. Dans cette importante décision, la Cour a été amenée à examiner le but poursuivi par la loi hellène fixant les règles d'entrée à la profession d'expert-comptable. Or, il est assez piquant d'observer que dans un seul et même paragraphe, la Cour arrive à soutenir – à propos du dessein pourchassé par la loi en question – une chose, puis son contraire. Comme on le sait, cette affaire concernait une personne qui, en vertu du droit interne grec, avait été reconnue coupable d'une infraction résultant du refus opposé par le requérant d'effectuer le service militaire auquel il était assujéti. Or, le fait d'avoir été condamné pour une infraction grave l'empêchait d'accéder à un emploi d'expert-comptable, ce qui à ses yeux constituait une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention. Tel a également été l'avis de la Cour ; cependant le raisonnement qu'elle utilise pour parvenir à une telle conclusion est, dans la forme, défaillant. En effet, dans un premier mouvement, « la Cour estime qu'en principe, les États ont un intérêt légitime à exclure certains délinquants de la profession d'expert-comptable » ; puis dans un second mouvement, quelques lignes plus loin, elle ajoute que « l'exclusion du requérant de la profession ne poursuivait pas un but légitime »⁸⁰⁰. Dans la forme, on le voit, la Cour se contredit elle-même⁸⁰¹. En vérité, la Cour confond le but et les moyens ; elle opère une confusion entre la légitimité du but, d'une part, et l'objectivité des moyens (à la lumière du but visé et de la liberté en cause), d'autre part. En réalité, ce que la Cour a entendu signifier, c'est que le traitement identique subi par le plaignant manquait de fondement objectif au regard du dessein légitime poursuivi par la loi en question (et au regard de celui que protège le droit avec lequel elle interfère, à savoir la liberté de conscience)⁸⁰².

Comme on peut le constater, le grand écueil, en l'occurrence, est d'opérer une confusion entre la fin et les moyens. Il est vrai qu'il est assez facile de tomber dans un tel piège, dans la mesure où la similitude ou dissimilitude de situation peut parfois être à ce point patente que la seule mention du but poursuivi par le législateur suffit à faire sentir que la catégorisation choisie pour servir un tel but est en adéquation avec les contours de la réalité. Autrement dit, la seule mention de la finalité de la loi fait immédiatement voir que le sort juridique réservé aux uns et aux autres est en correspondance avec la situation de chacun, comme l'exige le principe de non-discrimination. De là vient qu'il est tentant de se contenter d'enregistrer le caractère légitime du but de la loi. Mais, à bien déchiffrer l'opération intellectuelle à laquelle le jugement d'égalité fait appel, la question de la détermination du but visé par un traitement est une chose, celle de l'objectivité de ce même traitement en est une

⁸⁰⁰ CourEDH, *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, § 47.

⁸⁰¹ En précisant qu'elle se prononce « en principe », et en ajoutant « certains délinquants », la Cour ne fait que sauver les apparences, car de deux choses l'une, soit exclure des délinquants de cette profession est un acte légitime, soit il ne l'est pas.

⁸⁰² Et introduisait indirectement une distinction disproportionnée.

autre. Plus exactement, la question de l'intelligibilité d'un traitement au regard du but visé est une chose, celle de la confrontation dudit traitement avec la situation des personnes auxquelles il s'applique à la lumière du but poursuivi en est une autre. En bref, il convient de ne pas confondre la légitimité du but qui anime une action et l'objectivité de cet agissement.

Dans tous les cas ici exposés, ce qui a été perdu en chemin, c'est tout simplement l'idée d'égalité. Cette idée d'égalité qui impose à l'autorité législative de considérer les sujets de droit à partir de ce double idéal régulateur, à la fois interne à l'égalité et hiérarchisé en son sein : celui de la similarité de tous d'abord, et de la différence de chacun, ensuite⁸⁰³. C'est cet idéal régulateur qui est au fondement de la double exigence pratique inhérente à la concrétisation du principe de non-discrimination : celle de l'objectivité et de la proportionnalité comparées d'un traitement. Or, le but de la loi concourt de manière incontournable à la détermination de ce point de vue tierce, ce *tertium comparationis*, à partir duquel observer si une distinction est non seulement objective mais aussi non-disproportionnée.

Comme on peut le voir, la référence au but visé par la législation en cause se retrouve plusieurs fois au sein de la définition jurisprudentielle de l'interdiction de la discrimination. Nous le montrerons longuement, la référence à la finalité de la loi trouve bien sa place au sein du processus de concrétisation du principe de non-discrimination : elle y remplit une fonction tout à fait précise. Cependant, le rôle qu'elle y occupe n'est pas celui que la formulation utilisée par la Cour pourrait laisser croire.

B. La référence au « but légitime poursuivi » ne peut avoir d'autre fonction que celle de procurer au jugement d'égalité un point de perspective

La référence au « but légitime poursuivi » comporte deux éléments : l'indication du but visé, d'abord, celle de son caractère légitime, ensuite. Sa fonction est donc double. En premier lieu, le recours au but de la loi procure à l'autorité juridique concernée ce point de perspective indispensable depuis lequel on peut évaluer si les positions juridiques des uns et des autres se tiennent dans un rapport d'égalité ; le but de la loi permet de positionner le *tertium comparationis* depuis lequel on peut évaluer si les traitements appliqués aux sujets de droit sont comparativement objectifs et non-disproportionnés (1). En second lieu, la mention du caractère légitime du but visé permet, quant à elle, d'inscrire l'égalité dans une perspective libérale. L'exigence du caractère légitime du but que poursuit la loi doit être interprétée comme ayant pour objet de requérir un *tertium comparationis* qui soit libéral (2). Bien

⁸⁰³ Ce sont ces deux idées qui – comme nous l'avons montré lors de nos développements théoriques, voir *supra* p. 141 – permettent d'expliquer que l'égalité exige qu'un traitement soit comparativement objectif et raisonnable ou proportionné.

qu'elles ne soient pas totalement absentes de la jurisprudence européenne, ces deux idées sont insuffisamment perçues en tant que telles.

1. La fonction remplie par la mention du but visé : fournir un point de perspective permettant la comparaison

Comme le fait remarquer Husserl, « nous ne pouvons pas qualifier deux choses de semblables sans indiquer à quel point de vue elles sont semblables »⁸⁰⁴. Pour pouvoir se prononcer sur l'existence d'une « justification objective et raisonnable », il faut d'abord déterminer le point de vue depuis lequel opérer un tel jugement. La recherche et la découverte d'un *tertium comparationis* est nécessaire tant pour l'évaluation du caractère objectif d'une distinction que pour l'appréciation du rapport raisonnable de proportionnalité. Ce point de perspective permet de comparer les positions juridiques des uns et des autres : en premier lieu, il permet d'observer si la catégorisation légale ou réglementaire est, ou non, en correspondance avec les situations de tels et tels ; en second lieu, il permet de considérer si la distinction en question est, ou non, d'une ampleur disproportionnée. En ce sens, la fonction de la référence au but de la loi est, d'abord et avant tout, instrumentale.

Pour le dire de manière imagée, si le jugement d'égalité devait être figuré par une balance, le but de la loi serait incarné par le point fixe de cet instrument, le sommet du couteau sur lequel repose le fléau aux extrémités duquel sont suspendues les deux plateaux. En matière d'égalité, le but de la loi poursuivi forme l'étalon de mesure principal et incontournable permettant d'évaluer si les positions juridiques des uns et des autres sont objectives et non disproportionnées. Comme le montre très bien cette métaphore du jugement d'égalité, le but d'intérêt général poursuivi par la loi incarne ce point auquel sont reliés les deux plateaux de la balance, il est le lien entre la position juridique des uns et celle des autres. La valeur qu'il incarne se trouve simultanément dans les deux plateaux⁸⁰⁵. C'est là une idée absolument fondamentale. Contrairement à ce que soutient la Cour parfois, en matière d'égalité, il ne s'agit aucunement d'un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »⁸⁰⁶.

Cependant, l'idée selon laquelle la mention de la finalité légitime recherchée n'est qu'un instrument permettant de déterminer le point de perspective à partir duquel évaluer les

⁸⁰⁴ E. Husserl, *Recherches logiques, tome second, recherches pour la phénoménologie et la théorie de la connaissance*, Paris, PUF, 1961 1913, § 113, p. 136. En ce sens également : M. Vanquickenborne, « *La structure de la notion d'égalité en droit* », in H. Buch, P. Foriers, Ch. Perelman (dir.), *L'égalité*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1971 (pp. 176-189), p. 177.

⁸⁰⁵ Ou alors il n'est posé dans aucun des plateaux de la balance.

⁸⁰⁶ CourEDH, *Affaire linguistique belge*, 23 juillet 1968, *Série A* n° 6, p. 34 ; pour un autre exemple : CourEDH, *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, 27 octobre 1975, § 46.

positions juridiques des uns et des autres n'est pas complètement absente de la jurisprudence européenne.

Il faut rappeler que cette idée se trouve pourtant dans l'attendu de principe de l'*Affaire linguistique belge* : la Cour y précise que « l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée »⁸⁰⁷.

L'arrêt *Spadea et Scalabrino c. Italie* du 28 septembre 1994 illustre assez bien cette idée selon laquelle le but de la loi incarne ce point de vue depuis lequel apprécier si une distinction repose sur une justification objective et raisonnable. Dans cette affaire, des personnes propriétaires d'appartements se plaignaient de ne pouvoir obtenir l'exécution de décisions d'expulsion des locataires, contrairement aux propriétaires d'immeubles à usage autre que l'habitation. Sous l'angle de l'article 14, la juridiction européenne motive sa réponse ainsi : « quant à la différence de traitement par rapport aux propriétaires d'immeubles à usage autre que l'habitation, la distinction entre ces deux catégories de personnes aux fins de l'exécution forcée des expulsions est objective et raisonnable eu égard au but de la loi – la protection des locataires dans le cadre d'une grave crise du logement – et à l'utilisation des biens – location à des fins d'habitation, d'une part, et usage notamment commercial, de l'autre »⁸⁰⁸. Le fait est suffisamment rare pour être noté : la formule selon laquelle la distinction est « objective et raisonnable eu égard au but de la loi » est, ici, méthodologiquement irréprochable. Contrairement à l'habitude, la Cour n'effectue pas l'amalgame entre la notion de but légitime poursuivi et celle de l'exigence d'un fondement objectif. Cependant, cette situation reste exceptionnelle, compte tenu de la difficulté à ne pas penser la fonction que cette notion occupe au sein du raisonnement relatif à l'égalité individuelle par référence au raisonnement relatif à une liberté individuelle.

Pourtant, à bien observer la jurisprudence européenne, l'idée de but légitime poursuivi n'a pas toujours supplanté l'idée d'objectivité du traitement. C'est là un point véritablement crucial.

Pour cette raison, il n'est pas inutile de rappeler cette formule énoncée dans l'inaugurale *Affaire linguistique belge* : « l'article 14 n'empêche pas une distinction de traitement si elle repose sur une appréciation objective de circonstances de fait essentiellement différentes et si, s'inspirant de l'intérêt public, elle ménage un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts de la communauté et le respect des droits et libertés garantis par la Convention »⁸⁰⁹.

⁸⁰⁷ CourEDH, *Affaire linguistique belge*, précit., p. 34.

⁸⁰⁸ CourEDH, *Spadea et Scalabrino c. Italie*, 28 septembre 1994, § 46.

⁸⁰⁹ CourEDH, *Affaire linguistique belge*, précit., p. 44.

À nos yeux, la première partie de cet attendu développé dans l'arrêt de principe rendu le 23 juillet 1968 est absolument fondamental : il est, sur le plan des principes, aussi important que la formule type énoncée dans cette même affaire. Dans la première phrase, comme on peut le remarquer, la Cour identifie bien la première étape du processus de concrétisation du principe d'égalité – celle qui précède l'étape de la proportionnalité – comme étant celle qui a pour objet d'apprécier l'objectivité du traitement. Ce phénomène peut être décelé dans les premiers arrêts ; cependant, elle tend progressivement et inopportunément à disparaître à mesure que l'on s'éloigne de l'inaugurale *Affaire linguistique belge*.

2. La fonction remplie par la mention de la légitimité du but visé : inscrire la comparaison dans une perspective libérale

Quel peut alors être le sens qu'il faut donner à ce réquisit de légitimité du but poursuivi ? De même que pour les autres éléments de la définition jurisprudentielle du droit à la non-discrimination, la question qui se pose est toute simple : pourquoi, ou bien en quoi, l'idée que renferme l'article 14 de la Convention implique-t-elle que la loi poursuive un but légitime ? La condition de légitimité du but poursuivi est-elle une exigence interne ou externe à l'idée d'égalité individuelle ? Nous proposerons principalement deux hypothèses.

Envisageons la première éventualité (l'hypothèse de l'égalité ou de la pure égalité) : le réquisit de légitimité découle de l'idée d'égalité comprise comme un rapport, un pur rapport. Si tel devait être le cas, serait illégitime alors, le traitement pour lequel le seul énoncé de l'intention poursuivie par la législation serait, en soi, suffisant pour laisser présager que la catégorisation qui a été choisie est discriminatoire. Autrement dit, un but illégitime est un but qui, en lui-même, laisse présumer⁸¹⁰ le manque de fondement objectif et raisonnable. Si l'on suit cette hypothèse, le but légitime est le but qui ne contient pas l'intention de discriminer. L'exigence de légitimité est alors une condition purement psychique. La haute juridiction strasbourgeoise a parfois adopté cette interprétation : ainsi, dans l'*Affaire linguistique belge*, lorsqu'elle s'est penchée sur la réglementation relative à la validation des diplômes scolaires des écoles secondaires, « la Cour relève tout d'abord que le législateur, en adoptant le système litigieux, a poursuivi un but d'intérêt public : [...] *Ce but d'intérêt public ne comporte, en lui-*

⁸¹⁰ C'est d'ailleurs la philosophie qui à l'origine sous-tend l'énumération, par l'article 14 de la Convention et par l'article 1^{er} du Protocole n° 12, d'une liste de critères de catégorisation des individus : ces critères répertoriés sont en eux-mêmes illégitimes ou discriminatoires. En réalité, il est absurde de verrouiller ainsi, dans l'abstrait, de manière définitive la prise en compte de tel ou tel critère. De fait, les critères que sont « 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 » ont été interprétés comme des critères qui sont, en eux-mêmes suspects, et non pas comme des critères en eux-mêmes prohibés. Ils comportent, en eux-mêmes le risque de déboucher sur le constat que la catégorisation légale ou réglementaire manque de justification objective et raisonnable, mais ce n'est qu'une présomption qui se traduit juridiquement par un contrôle plus rigoureux de la part du juge, il n'y a là aucune automaticité.

même, aucun élément discriminatoire »⁸¹¹. Si l'on veut donner une signification à l'idée de légitimité uniquement par référence à la notion pure d'égalité, c'est là effectivement la seule solution envisageable⁸¹², avec le risque de transformer l'interdiction de la discrimination elle-même en une notion psychologique, avec toutes les insuffisances que cela impliquerait⁸¹³.

Cependant, dans la mesure où l'impératif d'objectivité du traitement, lequel appelle un jugement de réalité, est une nécessité constitutive du principe de non-discrimination, il est incorrect d'arrêter le raisonnement égalitaire à l'analyse uniquement téléologique. Ce serait tout simplement méconnaître l'une des exigences internes fondatrices de l'égalité, celle d'objectivité, laquelle assigne à la référence au but visé de n'être qu'un *tertium comparationis*. Voilà pourquoi, lors de l'arrêt de principe rendu dans l'*Affaire linguistique belge*, la haute juridiction européenne a ressenti le besoin d'indiquer les éléments qui entrent en jeu dans le contrôle d'une « justification objective et raisonnable » : la Cour précise donc à cet égard que « l'existence d'une pareille justification doit s'apprécier *par rapport au but et aux effets* de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques »⁸¹⁴. Si une catégorisation législative ou réglementaire se comprend à partir du but recherché, l'objectivité d'une catégorisation se constate en confrontant les effets recherchés avec la réalité des situations individuelles (envisagées à la lumière du but visé). La seule intention est insuffisante pour établir une discrimination. S'il n'y a pas vraiment de sens à conférer une signification à l'idée de légitimité en renvoyant à la notion formelle d'égalité, il faut alors conclure que cela signifie que l'exigence de légitimité du but visé se situe ailleurs.

Envisageons la deuxième éventualité (l'hypothèse de l'égalité individuelle ou de la clause d'égalité individuelle) : en tant qu'il ne renvoie à rien d'autre qu'à l'idée d'un rapport, le concept pur d'égalité est axiologiquement neutre. Rousseau, dans son *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, souligne qu'il peut y avoir égalité dans la liberté comme dans la servitude⁸¹⁵. Il nous semble en effet que l'égalité pourrait être mise aussi bien au service d'une pulsion de mort que d'une aspiration à la liberté. Les hommes sont égaux sur l'agora athénienne de Solon comme ils le sont dans les geôles de

⁸¹¹ *Ibid.*, p. 86 (l'italique est de notre fait) ; cette expression prend place dans la réponse fournie par la Cour à la sixième question traitée (*ibid.*, pp. 71-81, surtout pp. 86-87).

⁸¹² Si l'on garde à l'esprit que l'idée d'égalité demeure une abstraction formelle en tant qu'elle n'est qu'un rapport. Dans ces conditions, un but illégitime est un but qui, en lui-même, permet de préjuger que le rapport interindividuel que le traitement en cause instaure entre les personnes concernées n'a pas la qualité requise.

⁸¹³ « Les instruments juridiques internationaux laissent apparaître que l'intention de discriminer n'est pas un élément constitutif de la notion de discrimination » (traduit de l'anglais par nos soins) ; A. Bayefsky, « The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law », *HRLJ* 1990, vol. 11, n° 1-2 (pp. 1-34), p. 8 (voir pp. 8-10 et p. 34).

⁸¹⁴ CourEDH, *Affaire linguistique belge*, précit., p. 34, § 10 (l'italique est de notre fait).

⁸¹⁵ Ainsi, lorsqu'il affirme : « ...le despotisme, élevant par degrés sa tête hideuse, et dévorant tout ce qu'il auroit de bon [...] à la fin tout seroit englouti par le monstre [...] C'est ici le dernier terme de l'inégalité, et le point extrême qui ferme le cercle et touche au point d'où nous sommes partis, c'est ici que tous les particuliers redeviennent égaux, parce qu'ils ne sont rien... » ; J.-J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1755), Paris, Gallimard, 1965 (collection folio/Essai), pp. 120-121.

Denys de Syracuse. Or, si l'on considère – comme nous le pensons – que l'égalité à laquelle le juge européen est confronté est toujours une égalité entre personnes et que cette notion de personne doit, de manière schématique, être entendue comme le substrat d'une vocation à la liberté ; si l'on tient qu'à un niveau pratique, l'égalité en tant que rapport pur n'existe pas ; si l'on estime qu'il y a abus de langage quand on parle d'égalité alors qu'il faudrait toujours parler d'égalité individuelle ou d'égalité personnelle ; bref, si l'on considère que dans n'importe quel système juridique occidental, la notion de personne est une idée concomitante à l'idée d'égalité, alors l'exigence de légitimité peut être regardée comme une nécessité interne à la clause d'égalité individuelle ; une nécessité qui ne découle certes pas tant de la notion de rapport d'égalité que de celle de personnes. Il s'agit donc d'une exigence interne à la clause de non-discrimination entre les personnes, mais pas d'une nécessité intrinsèque à l'idée d'égalité en tant que pur rapport.

Dans ces conditions, la véritable fonction du réquisit de légitimité du but poursuivi par la loi, soumise à l'obligation de non-discrimination, est donc tout autre : nous soutenons que l'exigence de légitimité du but visé doit se comprendre comme un moyen qui oriente, pour ainsi dire, l'idée formelle d'égalité dans un sens libéral. En termes clairs, elle a pour fonction de sauvegarder l'idée selon laquelle l'égalité dont il s'agit, dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, est une égalité d'hommes libres, une égalité entre les personnes⁸¹⁶ ; en bref, une égalité libérale.

§ 3. Appréciation critique de la référence à un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »

Sur le terrain de la non-discrimination⁸¹⁷, la référence à l'idée de proportionnalité n'est absolument pas maîtrisée : elle repose d'abord sur des présupposés importés qui sont

⁸¹⁶ Si, en revanche, on devait considérer que la notion de personne est une notion irrémédiablement externe à la clause d'égalité, alors l'exigence dont il s'agit lui est externe ; mais alors le bien-fondé de sa présence au sein du processus de concrétisation reste problématique ; il doit donc non seulement être trouvé en dehors de l'idée d'égalité, mais aussi en dehors de la clause d'égalité individuelle. Il est alors possible d'envisager une troisième et dernière éventualité (l'hypothèse des principes prévalant dans une société démocratique ou de l'interprétation systématique). Ce dernier moyen de justifier l'exigence du caractère légitime du but poursuivi consiste à aller chercher hors du texte ou du concept interprété, ce qui ne peut être expliqué par l'exégèse du seul texte ou concept commenté. En d'autres termes, l'autre possibilité d'explication de la condition de légitimité de la finalité à atteindre passe par le biais d'une interprétation systématique du droit à la non-discrimination, laquelle ferait référence à la notion de « principes dans une société démocratique » comme le fait la Cour dans l'*Affaire linguistique belge*.

⁸¹⁷ Pour un aperçu, voir : M.-A. Eissen, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999 (pp. 65-81), pp. 76-78 ; J.-J. Cremona, « The Proportionality Principle in the Jurisprudence of European Court of Human Rights », in

proprement intenable en la matière et fonctionne ensuite sur un mode complètement bancal car inadapté à l'article 14 (A). Il faudra donc restituer à l'idée de proportionnalité une signification qui, dans le domaine de l'égalité, puisse faire sens et montrer que la référence à « un rapport raisonnable de proportionnalité » ne peut avoir d'autre signification que celle de qualifier l'ampleur d'une différence de traitement (B).

A. Un usage non maîtrisé de la référence au « rapport raisonnable de proportionnalité »

Comment ce concept⁸¹⁸, qui a été forgé sur le terrain de la liberté et qui ne peut se comprendre que par référence à l'idée de liberté, a-t-il ainsi pu être importé, tel quel, sur le terrain de l'égalité, sans que l'on y trouve à redire ? Comment expliquer qu'une telle réception, totalement acritique, du principe traditionnel de proportionnalité au sein du raisonnement égalitaire puisse malgré tout fonctionner ? Par une série d'amalgames, tant en amont au niveau théorique (1), qu'en aval au niveau pratique (2).

1. Un usage qui procède d'un amalgame

Sur le plan théorique, l'argumentation avancée par la doctrine illustre assez bien la difficulté qu'elle semble parfois éprouver à penser le phénomène d'égalité et la tendance dont elle fait souvent preuve à plaquer sur l'égalité les schémas préconçus valables pour le phénomène de liberté.

Si le principe de proportionnalité, tel qu'il est connu et répandu, possède une signification, c'est uniquement par référence à l'idée de liberté, telle qu'elle résulte de la tradition moderne : une liberté du sujet, au sens philosophiquement précis d'un être humain qui est le fondement de ses représentations et de ses actes, ce qui implique que l'État limite juridiquement sa puissance et abandonne à l'individu une sphère d'autonomie où ce dernier se

U. Beyerlin (dir.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung – Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin, 1995, pp. 323-330.

⁸¹⁸ Sur le sujet, voir notamment : J.-P. Costa, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA* 1988, p. 434 *sqq.* ; O. Corten, « L'interprétation du "raisonnable" par les juridictions internationales : au-delà du positivisme juridique ? », *RGDIP* 1998-I, pp. 5-44 ; M. Fromont, « Le principe de proportionnalité », *AJDA* juin 1995, n° spécial, pp. 156-166 ; V. Goessel-Le Bihan, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *RFDC* 1997, pp. 227-267 ; F. Teitgen, « Le principe de proportionnalité en droit français », in *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Conférence franco-allemande de juristes (26-27 novembre 1982, Strasbourg), Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1985, pp. 53-62. ; G. Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, LGDJ, 1995 ; S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme – prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

détermine et agit selon les fins qu'il s'est fixées. Les libertés individuelles sont ainsi conçues comme un espace "sacré" à l'intérieur duquel l'État ne peut, par principe, pénétrer. Pour cette raison, toute immixtion des pouvoirs publics à l'intérieur de ce "sanctuaire" doit être regardée comme une atteinte qui doit demeurer exceptionnelle et donc être la moins grave possible. C'est donc à cet endroit que se fait le lien entre le concept de liberté individuelle et celui de proportionnalité : lorsque l'État s'ingère dans la sphère de liberté de l'individu, son intervention ne doit pas être disproportionnée par rapport au but d'intérêt public qui motive l'intrusion ; celle-ci doit servir uniquement ce but-là et le faire de la façon la moins dommageable possible pour la liberté de l'individu.

Concrètement, il faut que la mesure étatique qui s'immisce dans la jouissance d'une liberté reste, selon un schéma désormais classique, appropriée, nécessaire et strictement proportionnée au but visé. Ainsi, la mesure en cause n'est appropriée que si elle est de nature à atteindre à coup sûr le résultat recherché ; la mesure appropriée n'est nécessaire que si d'autres moyens appropriés affectant de façon moins préjudiciable la personne concernée ne sont pas à la disposition de l'autorité ; la mesure nécessaire ne présente un caractère de proportionnalité au sens étroit que si la gravité de l'atteinte n'est pas hors de proportion par rapport à l'importance de l'objectif public à l'origine de l'ingérence. Voilà, de façon schématique, la signification que prend le principe de proportionnalité dans un raisonnement concernant les libertés que protège la Convention européenne des droits de l'homme.

Or, l'égalité n'est pas la liberté. L'égalité n'est aucunement un espace d'activité humaine ; elle ne peut nullement se laisser penser comme une étendue. L'égalité est un rapport, un rapport entre les personnes. Il est donc évident que le paradigme sur lequel repose le principe classique de proportionnalité, valable sur le terrain des libertés, n'est pas transposable à l'égalité. En elle-même, en tant qu'elle est un rapport d'une certaine qualité, l'égalité ne peut être appréhendée comme une étendue susceptible d'une délimitation plus ou moins grande. À proprement parler – en dehors de l'hypothèse très particulière de la discrimination positive – il n'existe pas d'atteintes au principe d'égalité qui pourraient être justifiées ; en d'autres termes, le compromis n'existe pas : soit il y a rupture d'égalité, soit il n'y a pas rupture. En conséquence, il n'est pas correct de parler d'ingérence au sein ou à l'encontre du principe d'égalité ; tout comme il est inexact de parler de "limitations" du droit à la non-discrimination. Il n'y a donc pas de limitations qui, pour les unes, seraient injustifiables et, pour les autres, ne le seraient pas ; c'est là une impossibilité épistémologique.

C'est pourtant le tour de force qui est souvent accompli afin de pouvoir expliquer l'application du principe de proportionnalité en matière d'égalité. Comment cela est-il

possible ? En présentant, précisément, la possibilité d'établir des distinctions comme une limitation de l'idée d'égalité⁸¹⁹.

Ainsi, l'auteur d'un ouvrage dédié à l'étude du contrôle de proportionnalité dans plusieurs pays européens part du constat qu'en Allemagne, par exemple, le principe d'égalité est conçu comme un droit subjectif : « cette reconnaissance [dit-il] assimile le principe d'égalité aux autres droits fondamentaux et le fait automatiquement entrer dans le schéma d'une possible limitation pour des motifs d'intérêt général, mais [...] dans le respect du principe de proportionnalité »⁸²⁰ ; interprétant une décision jurisprudentielle constatant l'existence d'une discrimination résultant de la rupture du principe de proportionnalité, cet auteur conclut son commentaire en affirmant que « c'est ici le contrôle de proportionnalité, moyen d'interprétation, qui a déterminé l'excessivité de l'atteinte au principe d'égalité, droit fondamental »⁸²¹.

Un autre ouvrage, spécialement consacré à la question de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme, reproduit le même schéma, en soutenant que la manifestation du principe de proportionnalité dans le cadre de l'article 14 est la traduction de « limitations implicites aux droits garantis par l'article 14 »⁸²².

⁸¹⁹ En identifiant l'idée d'égalité à celle d'identité de traitement, et en posant celle-ci comme un idéal, de sorte que toute distinction se présente comme une atteinte à quelque chose qui aurait idéalement dû être.

⁸²⁰ G. Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, LGDJ, 1995, p. 183. Pourtant, G. Xynopoulos souligne, en citant O. Jouanjan, qu'« on ne saurait “confondre proportionnalité et égalité” » : il affirme que cette dernière constitue « une aide [...] pour la mise en œuvre » de la première et que celle-là est un « complément apporté » à celle-ci. Bien que cet auteur soit l'un des rares à avoir aperçu que « le principe d'égalité compare les situations de deux ou plusieurs destinataires d'une mesure entre eux, alors que le principe de proportionnalité oppose les intérêts du destinataire d'une action étatique à l'intérêt général qui motive l'intervention » (*ibid.*, p. 184), il considère cependant que c'est là une conséquence de l'égalité et pas de la proportionnalité telle qu'elle se pratique au sein de l'égalité. En mettant ainsi ces deux idées l'une en face de l'autre, G. Xynopoulos passe à côté de l'idée que l'égalité induit tout simplement une autre signification de la proportionnalité : il n'y a pas d'un côté le principe de proportionnalité tel qu'il fonctionne traditionnellement, et de l'autre l'idée d'égalité ; l'un venant servir l'autre et *vice-versa*. L'égalité induit une proportionnalité spécifique. Il y a d'un côté un principe de proportionnalité tel qu'il fonctionne dans le domaine de la liberté, et, de l'autre, un principe de proportionnalité tel qu'il fonctionne dans le domaine de l'égalité. La proportionnalité ne porte pas, dans l'un et l'autre cas, sur le même rapport. Le contrôle d'égalité peut venir compléter le contrôle de liberté ; mais ce n'est pas le principe d'égalité qui complète la proportionnalité.

⁸²¹ *Ibid.*

⁸²² S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme – prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 105. Cet auteur classe la proportionnalité issue de l'article 14 parmi la catégorie qu'il désigne « proportionnalité-appréciation » (*ibid.*, pp. 105-107), laquelle exprime un arbitrage entre intérêts conflictuels intervenant « au titre d'élément d'appréciation de la validité de limitations étatiques affectant une prérogative conventionnelle préalablement identifiée » (*ibid.*, p. 76). Selon cet auteur, l'article 14 s'inscrirait dans la configuration suivante : reconnaissance d'un droit d'un côté, contrebalancée par la faculté offerte aux États de limiter celui-ci, sous condition, notamment et précisément, de respecter la proportionnalité (*ibid.*, pp. 105-107). Que la proportionnalité de l'article 14 soit classée sous la catégorie « proportionnalité-interprétation » ou « proportionnalité-appréciation » ne change d'ailleurs rien au problème.

Pour séduisants qu'ils puissent paraître, ces raisonnements paraissent passer à côté de la réalité du phénomène de la non-discrimination. Le fait que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que des distinctions de traitement puissent être justifiées, sous condition notamment et précisément de proportionnalité, une telle faculté reconnue à l'État n'est aucunement une limitation, pas même implicite, au dit principe d'égalité. Si les distinctions doivent être justifiées au titre de l'article 14, c'est pour des raisons propres à l'idée d'égalité, et non parce qu'elles viendraient restreindre, ni même délimiter, la portée du principe d'égalité. En matière d'égalité, il est absurde d'assimiler l'idée de distinction à celle de limitation⁸²³. Si une différence de traitement doit être proportionnée, ce n'est pas parce qu'elle serait une limite à l'égalité.

Comme cela a déjà pu être souligné, la différence n'est pas extérieure à l'acception contemporaine de l'égalité : elle lui est intrinsèque. Réitérons que le concept de différence ne limite pas l'égalité, il en est l'un des éléments constitutifs. De façon plus globale, il semble que cette doctrine ne perçoive pas l'originalité de l'idée d'égalité, et notamment le fait qu'elle n'est qu'un rapport et n'est pas assimilable à l'idée de liberté. Si, en matière de liberté, le principe de proportionnalité fait sens, transposé tel quel sur le terrain de l'égalité, ce n'est plus le cas. Le droit à la non-discrimination est certes un droit subjectif, mais son objet est particulier : il protège un rapport d'une certaine qualité. Il faut donc récuser ces tentatives d'explication *a posteriori* de la présence du principe classique de proportionnalité dans le cadre de l'application du droit à la non-discrimination, car elles débouchent inéluctablement sur une aporie d'ordre conceptuel.

2. Un usage qui fonctionne par approximations

Sur le plan pratique à présent : par quel extraordinaire phénomène une telle greffe a-t-elle pu prendre ? Parce que, à lui seul, le principe traditionnel de proportionnalité remplit, de façon syncrétique et très approximative, des fonctions qui sont proches de celles qui découlent du droit à la non-discrimination. De fait, si un traitement se présente toujours comme un moyen pour réaliser un certain objectif, ce qui – précisément – est exigé n'est pas la même chose, selon que l'on examine si l'acte en cause respecte en soi une liberté ou s'il respecte la non-discrimination.

Certes, on retrouve également, dans l'exigence traditionnelle de proportionnalité, l'idée d'une adéquation : mais alors que l'égalité requiert une adéquation des traitements par rapport aux situations individuelles, à l'aune du but à atteindre, la liberté commande une adéquation des traitements par rapport au but visé lui-même.

⁸²³ Même si l'on accepte de suivre cette logique selon laquelle la différence est une limitation de l'égalité, c'est alors le statut du traitement identique qui, dès lors qu'il ne concerne pas la totalité des sujets de droit, devient problématique et, en vérité, aporétique.

Assurément, lorsque les pouvoirs publics décident de légiférer, la loi qu'ils édictent est une action orientée vers un but ; ainsi quand le législateur fait le choix de telle catégorisation des sujets de droit plutôt que telle autre, on peut supposer que c'est parce qu'il estime que la catégorisation retenue est apte à atteindre le but fixé ; et, dans l'hypothèse où cette loi s'ingérerait dans l'exercice d'une liberté, il serait incontestablement important que le moyen choisi soit apte à atteindre le but fixé, car – comme cela vient d'être souligné – cette "règle de l'aptitude" procède du souci d'attenter au minimum à la liberté en jeu. Nonobstant, si l'adéquation d'un traitement par rapport au but n'est pas absente du droit à ne pas subir de discrimination, elle n'y est pas présente à titre principal ou essentiel. C'est seulement parce le but légitime poursuivi permet de comprendre la distinction ou le moyen choisi pour servir le but en question que, par ce biais, il est possible de vérifier si cette distinction est en adéquation avec la réalité et n'est pas d'une ampleur excessive. Ce que la non-discrimination requiert, c'est principalement une adéquation à la réalité ; l'adéquation des moyens au but reste en quelque sorte contingente, en ce sens qu'elle est impliquée par l'obligation d'adéquation de la distinction de traitement au réel, telle qu'elle doit se comprendre au regard du but à atteindre. Contrairement à ce que la Cour affirme régulièrement dans la majorité de ses attendus, en matière de non-discrimination, il ne s'agit pas d'un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »⁸²⁴.

On peut éventuellement s'essayer à sauver le raisonnement de la Cour de la manière suivante : si l'on affirme que le moyen dont il s'agit est une distinction, si l'on parvient au constat que la distinction en question n'est pas d'une ampleur excessive⁸²⁵, il peut d'une certaine manière être concevable de soutenir que le moyen choisi, c'est-à-dire la différence de traitement, est alors proportionné au but poursuivi. Mais à nos yeux, prétendre qu'il faut respecter un rapport raisonnable de proportionnalité entre une distinction et un but n'a pas beaucoup de sens, car la relation moyen/fin est uniquement explicable à partir du concept de liberté. En effet, même dans ce raisonnement, on renouvelle la même erreur : celle qui consiste à plaquer sur l'égalité un schéma qui n'a de validité que pour la liberté. Il faut donc bien conclure à l'inadaptation de la formule "but légitime/proportionnalité moyen-but" utilisée par la Cour pour faire respecter l'interdiction de la discrimination.

Il n'en reste pas moins qu'en appliquant au concept d'égalité un mode de raisonnement valable pour le concept de liberté, le juge européen parvient, bon gré mal gré, de manière plus ou moins approchante, à recouper les exigences découlant du principe de non-discrimination. À cet égard, nous avons déjà eu l'occasion de relever que l'examen du « but légitime poursuivi » pouvait parfois recouvrir le constat de l'objectivité du traitement. Nous avons également fait remarquer que, le plus souvent, le constat de l'absence de

⁸²⁴ CourEDH, *Affaire linguistique belge*, 23 juillet 1968, *Série A* n° 6, p. 34 ; pour un autre exemple : CourEDH, *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, 27 octobre 1975, § 46.

⁸²⁵ Ou bien, si on parvient au constat que la distinction en question repose sur une base objective et n'est pas d'une ampleur excessive.

« situation analogue ou comparable » signifiait en réalité que les termes de la comparaison renvoient à une distinction qui possède de manière implicite une justification clairement objective et raisonnable. Très souvent, cependant, le contrôle opéré est trop laconique pour en conclure quoi que ce soit, se contentant de la formule générique de « la justification objective et raisonnable »⁸²⁶.

B. La référence à « un rapport raisonnable de proportionnalité » ne peut avoir d'autre signification que celle de qualifier l'ampleur d'une différence de traitement

Le deuxième arrêt dans lequel la Cour a été amenée à interpréter et à appliquer l'article 14 de la Convention montre clairement ce balancement entre une juste perception de ce qu'est la proportionnalité au sein du raisonnement relatif à la non-discrimination et une conception inexacte qui résulte d'une réception irréfléchie, au sein du raisonnement égalitaire, de la proportionnalité telle qu'elle fonctionne dans une argumentation relative à une liberté : il s'agit de la décision *Syndicat national de la police belge*. À l'origine de cette affaire, se trouve une requête introduite par un syndicat, qui prétendait subir une inégalité de traitement en matière de liberté syndicale, du fait de ne pas avoir été entendu par les autorités publiques, à la différence d'autres organisations professionnelles, qui avaient été consultées. La Cour affirme qu'elle doit « rechercher si le désavantage que les membres du requérant subissent *par rapport aux adhérents des syndicats consultés* [...] se justifie non seulement dans son principe, mais aussi dans son étendue »⁸²⁷ ; concernant ce second point, la juridiction européenne précise qu'« elle estime qu'il n'est pas clairement établi que le désavantage subi par le requérant soit excessif *par rapport au but légitime poursuivi par le gouvernement* ; le principe de proportionnalité n'est par conséquent pas transgressé »⁸²⁸.

Comme on peut l'observer, la juridiction européenne donne, à certains moments, l'impression de parfaitement discerner l'articulation entre proportionnalité et non-discrimination. Il semble ainsi clair que ce qu'il s'agit d'évaluer, c'est l'absence de

⁸²⁶ Pour quelques exemples : CourEDH, *Église catholique de la Canée c. Grèce*, 16 décembre 1997, § 47 (arrêt constatant la violation de l'article 14) ; CourEDH, *Sterjna c. Finlande*, 25 novembre 1994, § 51 ; CourEDH, *Les Saints Monastères c. Grèce*, 9 décembre 1994, § 92 ; CourEDH, *C. c. Belgique*, 7 août 1996, §§ 37-38 ; CourEDH, *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, §§ 27-30 ; etc. Ou bien, parfois, la Cour semble adjoindre à la formule de la proportionnalité, l'énoncé selon lequel la distinction examinée « repose sur une justification objective et raisonnable », de sorte que le lecteur peut avoir l'impression qu'il s'agit d'une exigence qui vient s'ajouter à la formule « but légitime/proportionnalité moyen-but ». Ou bien la Cour affirme que *la distinction* respecte le principe de proportionnalité, sans autre précision, sans que l'on sache exactement entre quoi et quoi il y a proportion. Ou de façon plus floue encore, que *la mesure* litigieuse respecte le principe de proportionnalité, et dans ce cas-là l'idée de distinction, et avec elle, celle de comparaison, ont totalement disparu du raisonnement juridictionnel.

⁸²⁷ CourEDH, *Syndicat national de la police belge*, 27 octobre 1975, § 49 (l'italique est de notre fait).

⁸²⁸ *Ibid.* (l'italique est, là aussi, de notre fait).

disproportion d'une distinction, d'une différence de traitement, d'un « désavantage » ; un « désavantage » qui ne doit pas être « excessif » comme le dit très justement la Cour. Il paraît, en outre, clair qu'il s'agit d'examiner une différence de traitement concernant l'exercice d'un seul et même droit dans le chef respectif des uns et des autres, la jouissance de la liberté syndicale dont profitent les uns par comparaison à celle dont bénéficient les autres, les membres du syndicat requérant, d'un côté, « par rapport aux adhérents des syndicats consultés », de l'autre, comme la Cour le dit elle-même. L'évaluation ne concerne donc pas des intérêts antagonistes ; la pondération ne s'effectue pas entre la liberté syndicale du requérant, d'une part, et l'intérêt général qui la limite, de l'autre. Bien au contraire, le jugement qui est opéré intéresse l'exercice de la liberté syndicale de l'association professionnelle requérante, d'un côté, et l'exercice de la liberté syndicale des autres associations professionnelles, de l'autre ; il n'y a là aucun intérêt conflictuel.

Et, pourtant, à d'autres moments, la Cour paraît une nouvelle fois s'égarer en revenant au schéma d'un principe de proportionnalité entre un moyen et un but, en affirmant que le désavantage subi par le requérant est « excessif par rapport au but légitime poursuivi par le gouvernement ».

La formulation de la Cour peut même sembler volontairement ambiguë, puisque dans la seconde phrase susmentionnée, l'expression « par rapport au but légitime poursuivi » peut très bien être comprise comme « à l'aune du but légitime poursuivi », et la tournure « le désavantage subi par le requérant » peut très bien s'entendre comme une ellipse de l'énoncé « le désavantage subi par le requérant par rapport aux adhérents des syndicats consultés ». Si tel devait être le cas, la motivation de la Cour serait alors méthodologiquement correcte et devrait se comprendre de la manière suivante : « il n'est pas clairement établi que le désavantage subi par les membres du requérant par rapport aux adhérents des syndicats consultés, soit excessif, au regard du but légitime poursuivi par le gouvernement ».

Conclusion du chapitre 1. Conclusion sur les formulations jurisprudentielles de l'obligation de non-discrimination

Pour conclure cette étude des énoncés jurisprudentiels dont le juge européen fait usage en matière de non-discrimination, il nous semble qu'il peut être fructueux, pour tout exégète des principes formulés dans l'arrêt rendu dans l'*Affaire linguistique belge*, de lire et de comprendre ceux-ci à la lumière des explications présentées par les juges Holmbäck, Rodenbourg, Ross, Wiarda et Mast dans l'opinion collective accompagnant le jugement. Hormis une réserve que l'on peut émettre sur la question de la proportionnalité, les éclaircissements que ces explications apportent correspondent, plus que n'importe quels

autres, à une herméneutique juste de la définition de l'obligation de non-discrimination exprimée dans cet arrêt de principe. Non seulement parce que ces juges faisaient partie de la formation de jugement qui l'a rendu, mais parce que leur interprétation n'escamote pas – comme cela a trop souvent été le cas par la suite et contrairement, par exemple, à l'attitude du Comité des droits de l'homme des Nations Unies – le réquisit d'objectivité du traitement.

Quant aux autres locutions, il n'est peut-être pas inutile de procéder à un bref récapitulatif. Premièrement, la condition émise par la Cour européenne d'être en présence de « situations comparables » ou « analogues » ne peut avoir d'autre fonction que celle de constituer un moyen d'économie procédurale, en ce sens qu'elle équivaut la plupart du temps à l'exigence d'un grief suffisamment pertinent, de situations qui soient utilement comparables ; elle est avant tout une condition de recevabilité, qui ne découle donc pas de la définition de l'égalité. Deuxièmement, la condition de la poursuite d'un « but légitime » remplit, quant à elle, une fonction instrumentale qui est celle de procurer au jugement d'égalité un point de perspective permettant la comparaison des diverses positions juridiques concernées ; la fonction remplie par l'exigence de légitimité du but vise, de son côté, à inscrire l'égalité dans une perspective libérale. Troisièmement, enfin, la référence à « un rapport raisonnable de proportionnalité » qualifie, non pas l'intensité d'une ingérence, mais l'ampleur d'une différence de traitement.

Chapitre 2. L'application jurisprudentielle de l'obligation posée par le principe d'égalité

Comme le dit très justement la Commission européenne des droits de l'homme dans l'*Affaire linguistique belge*, le principe d'égalité que renferme l'article 14 de la Convention « a trait aux modalités ou à l'étendue de la jouissance des droits et libertés énumérés »⁸²⁹ par le traité européen. Le droit à la non-discrimination que contient cette disposition protège, en effet, un certain mode de répartition des libertés énoncées par la Convention. La même remarque vaut pour l'article 1er du Protocole n° 12, quant à la manière de répartir « tout droit prévu par la loi ». Quelles sont, alors, ces règles qui président à la distribution des intérêts juridiques tombant dans le champ d'application de la clause de non-discrimination ? Elles sont au nombre de deux et ont été définies par la Cour européenne des droits de l'homme dans cette même *Affaire linguistique belge* : depuis ce fameux arrêt, il est établi que cette distribution doit se faire d'une manière qui est non seulement objective, mais aussi raisonnable. « L'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable »⁸³⁰ dit très exactement la Cour. Il convient de préciser qu'il s'agit, dans les deux cas, d'une objectivité et d'une raisonnable comparées.

Premièrement, il faut que l'étendue de liberté dont les individus bénéficient soit – comparativement, c'est-à-dire l'étendue de liberté des uns par rapport celle des autres – en rapport avec la situation dans laquelle ils se trouvent⁸³¹ (section 1). Deuxièmement, il doit y avoir – comparativement, c'est-à-dire les uns par rapport aux autres – entre l'étendue de liberté dont jouissent les uns et celle dont bénéficient les autres une absence de disproportion⁸³² (section 2).

⁸²⁹ Cité par la Cour in CourEDH, *Affaire linguistique belge*, 23 juillet 1968, *Série A* n° 6, p. 28.

⁸³⁰ CourEDH, *Affaire linguistique belge*, 23 juillet 1968, *Série A* n° 6, p. 34.

⁸³¹ Les situations des personnes pouvant être, soit semblables, soit dissemblables.

⁸³² Soit qu'il n'existe entre les personnes aucun écart de liberté, soit qu'il existe un écart non-disproportionné ou raisonnable.

Section 1. L'obligation d'objectivité

C'est donc le réquisit d'objectivité d'un traitement qui sera ici étudié⁸³³. Celui-ci implique un jugement de réalité qui procède en deux temps : une phase préparatoire ou préalable, qui a pour fonction d'établir le point de vue à partir duquel évaluer les diverses positions juridiques (§ 1) ; puis, la phase d'évaluation elle-même, qui exige une correspondance rationnelle entre les catégories légales ou réglementaires et les situations réelles (§ 2). Deux brèves remarques avant de traiter ces questions.

La première remarque est d'ordre théorique et aussi une forme de rappel : cette considération pour la réalité de la situation individuelle, pour la particularité d'une situation personnelle ; autrement dit, cette attention portée à une vérité qui "surgit", dans une certaine mesure, de l'individu lui-même – en tant qu'il est considéré comme un être singulier – une telle exigence procède du moment idéal second, interne à l'égalité, de la reconnaissance de la singularité de chacun. C'est lui qui explique que l'on exige que la particularité ou la singularité d'un traitement corresponde ou coïncide avec la particularité ou la singularité de la situation de son destinataire.

La seconde remarque est d'ordre sémantique et guidera les développements à venir. Nous n'emploierons délibérément pas la même terminologie durant la phase préparatoire du jugement d'objectivité, et durant la phase principale d'évaluation de l'objectivité proprement dite.

La phase préparatoire consiste à situer le point de vue, le *tertium comparationis*, à partir duquel la législation en cause doit d'abord être comprise, et à partir duquel le jugement d'objectivité devra ensuite être opéré. Cette première étape permet donc au juge de préalablement comprendre la législation qui lui est déférée ; de comprendre comment celle-ci opère le découpage des sujets de droit ; de comprendre pourquoi les uns sont soumis à tel régime juridique, et les autres à tel autre. À ce stade, il s'agit uniquement d'observer – depuis ce lieu d'observation que constitue le *tertium comparationis* – comment se répartit l'intérêt juridique en cause. Le regard du juge effectue alors un va-et-vient entre le régime juridique appliqué aux uns et celui appliqué aux autres ; il ne se tourne pas encore vers la réalité des situations des personnes concernées. Voilà pourquoi, le champ sémantique que nous utiliserons, pour décrire la réglementation en cause dans les affaires qui seront étudiées, sera

⁸³³ Sur ce thème, de manière générale, voir aussi : I.P. Asscher-Vonk, « Towards One Concept of Objective Justification ? », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 39-51.

constitué des termes suivants : “compréhensible”⁸³⁴, “intelligible”, “lisible”, “déchiffrable”, etc. En l’occurrence, en effet, le décryptage des motivations subjectives qui président à un acte législatif permet d’expliquer cet acte, mais pas de le justifier ; ou plus exactement, il est insuffisant à le justifier entièrement.

Pour cela, pour pouvoir être qualifiée d’objective, la réglementation dont il s’agit doit être rapportée à la réalité des circonstances dans lesquelles sont placés les individus concernés. Ce n’est qu’alors que l’on peut répondre à la question de savoir si la répartition de l’intérêt en cause possède un fondement objectif. La phase d’évaluation de l’objectivité d’un traitement est donc ce jugement de réalité qui consiste à confronter le régime juridique respectivement assigné aux uns et aux autres avec la situation matérielle dans laquelle chacun se trouve. D’où l’usage d’un autre champ lexical pour désigner cette relation du droit aux faits ; celui-ci est, cette fois, composé des termes suivants : “concordance”, “correspondance”, “congruence”, “pertinence”, “adéquation”, “accord”, etc.

§ 1. La phase préparatoire à l’évaluation de l’objectivité d’un traitement : l’établissement du point de vue à partir duquel apprécier l’objectivité d’un traitement

Lorsqu’elle est amenée à évaluer si la conduite d’un État viole, ou non, le principe de non-discrimination consacré par la Convention, la juridiction européenne n’est pas entièrement libre de fixer le lieu depuis lequel elle va procéder à un tel jugement : comme nous allons le voir, c’est l’ordre juridique lui-même qui est le seul à même de fournir le point de vue de la comparaison, c’est-à-dire le critère permettant de faire ressortir l’objectivité ou l’inobjectivité des critères qui sont à la base du traitement des uns et des autres. Dans le système de la Convention européenne des droits de l’homme, il en existe deux : le but ou l’objet de la mesure considérée, à titre principal, dans les hypothèses de discrimination tant directe qu’indirecte (A) ; le but ou l’objet du droit de l’homme avec lequel la mesure litigieuse interfère, à titre complémentaire, dans la seule hypothèse de la discrimination indirecte (B).

⁸³⁴ Si O. Jouanjan utilise ce terme pour désigner la totalité de cette première étape de l’application de principe d’égalité (O. Jouanjan, *Le principe d’égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, p. 226), il ne désigne, chez nous, que la première partie du réquisit d’objectivité, que sa phase préparatoire.

A. Le but légitime poursuivi par la loi adoptée par l'État contractant renferme une valeur qui constitue le point de vue prépondérant à partir duquel apprécier l'existence, ou non, d'une discrimination directe

Cette phase préparatoire, consistant dans l'établissement de l'angle de vue depuis lequel les positions juridiques respectives des uns et des autres seront scrutées, joue un rôle déterminant pour la suite du processus de concrétisation du principe de non-discrimination. Elle est le préalable indispensable pour juger de l'objectivité, ou non, du traitement appliqué aux uns, comparativement à celui qui est appliqué aux autres. Aussi, est-il crucial d'en comprendre pleinement les ressorts et les enjeux, car ils sont particulièrement subtils. Une telle analyse des tenants et des aboutissants juridiques de l'établissement du *tertium comparationis*, inhérent au jugement d'égalité, a été menée par Olivier Jouanjan, dont les développements nous paraissent véritablement incontournables et auxquels il sera, dans un premier temps, fait référence, pour traiter de cette question⁸³⁵.

« Il n'existe pas de différences ou de similitudes de situations en soi et pour soi, mais toujours seulement aux yeux de la loi, "devant" la loi »⁸³⁶, c'est-à-dire au regard d'un *tertium comparationis* dont il est important de souligner qu'il peut être fourni – dans un système dont la doctrine est celle de l'État de droit – uniquement par l'ordre juridique lui-même⁸³⁷. « Ce n'est pas la réalité brute qui livre ce *tertium comparationis* : celle-ci fournit les éléments mais non les principes de la comparaison. Il ne suffit donc pas qu'existe une différence réelle quelconque pour qu'une différence de traitement juridique puisse être justifiée. Les principes de la comparaison ne peuvent être tirés que de l'ordre juridique lui-même »⁸³⁸, soit de la règle à l'origine du traitement, soit de normes supérieures à la règle en cause⁸³⁹.

« La mise en œuvre de l'égalité implique donc d'abord la recherche et la découverte d'un tel *tertium comparationis* »⁸⁴⁰. Une fois dégagé, celui-ci livre alors le critère permettant d'abstraire, de l'infinité des traits caractéristiques des situations individuelles, ceux qui sont pertinents pour juger de l'objectivité, ou non, du traitement appliqué aux uns, par

⁸³⁵ Voir : O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, pp. 133-134, 233-234 et 263-294.

⁸³⁶ *Ibid.*, p. 269. « Il n'y a donc pas, juridiquement, de situations semblables ou différentes par nature, mais seulement, pour ainsi dire, par détermination de la loi. Il n'y a pas pour le juriste d'égalité ou d'inégalité naturelle, mais seulement une obligation devant, aux yeux de la loi » (*ibid.*, p. 270). Sur l'idée d'un « rejet de l'égalité "naturelle" », voir également : G. Pellissier, *op. cit.*, pp. 20-23.

⁸³⁷ F. Müller, *Discours de la méthode juridique (Juristische Methodik)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993), O. Jouanjan (trad.), Paris, PUF, 1996, p. 362.

⁸³⁸ O. Jouanjan, *op. cit.*, p. 233.

⁸³⁹ Voir : O. Jouanjan, « Quelques réflexions sur l'égalité devant la loi », *op. cit.*, p. 138.

⁸⁴⁰ O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, p. 233. « La découverte du *tertium comparationis* constitue le premier stade de la concrétisation du principe d'égalité » (*ibid.*, p. 235).

comparaison à celui appliqué aux autres. Cette étape n'est donc qu'un moyen⁸⁴¹. « L'application du principe d'égalité repose sur la découverte des similitudes et dissimilitudes "essentielles" ou pertinentes au regard de l'objet de la norme. Pour distinguer ce qui par rapport à la règle peut ou doit être considéré comme différence ou ressemblance pertinente ou essentielle, le juge a donc recours en particulier, au but de la loi »⁸⁴².

En effet, « une norme est aussi une décision, c'est-à-dire un principe d'action orienté vers un but. L'action normatrice est donc déterminée par son but propre [...] Les catégories et les traitements qui leur sont applicables doivent être constitués de telle sorte que la norme apparaisse appropriée aux objectifs qu'elle tend à poursuivre [...] Du fait de son caractère précis et concret, le but est directement lié à ce que dans le langage juridique français, l'on appelle les motifs de l'acte, c'est-à-dire ses antécédents objectifs »⁸⁴³. « Le but et le sens de la norme conditionnent la perception que doit avoir son auteur de la réalité pour satisfaire aux exigences égalitaires : c'est à partir de cet élément de rationalité interne à la règle que doivent être appréciées la valeur et la validité des motifs objectifs, dégagés le caractère essentiel ou non des différences réelles et de la sorte l'objectivité des critères de démarcation des différentes catégories »⁸⁴⁴.

En résumé, « le principe d'égalité impose une certaine forme de correspondance de l'acte juridique avec ses antécédents objectifs, ses "motifs". On doit le considérer en ce sens comme un principe de rationalité objective des normes »⁸⁴⁵. Qu'il s'agisse du juge de la Cour Constitutionnelle Fédérale allemande, du Conseil Constitutionnel français, ou de la Cour européenne des droits de l'homme, celui-ci « intègre à son raisonnement égalitaire la référence au but de la loi, à ses "finalités". C'est-à-dire qu'elle fait appel à ce que l'on peut désigner comme la rationalité "subjective" inhérente à l'acte de volonté qu'est une norme »⁸⁴⁶. Or, il est important de le souligner : « le recours, dans le cadre du raisonnement égalitaire, au but de la loi, à la *ratio legis*, ne constitue pas un élément de définition à proprement parler du principe d'égalité, mais une méthode permettant de rationaliser son application. Il a en effet pour but de préciser quels sont, *in concreto*, au regard de l'objet de la

⁸⁴¹ Cette analyse semble être pareillement partagée de ce côté-ci du Rhin : « L'élection d'un critère de comparaison est davantage qu'un préalable au principe d'égalité. Il en fait partie parce qu'il est rendu nécessaire par la nature même du principe » ; G. Pellissier, *op. cit.*, p. 44.

⁸⁴² O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, p. 269. Comme le note aussi M.-F. Christophe Tchakaloff, « chacun des juges administratifs et communautaire examine le caractère objectif en fonction des buts de la réglementation et de son objet » ; M.-F. Christophe Tchakalov, « Le principe d'égalité », *AJDA* 1996 (n° spécial, pp. 168-177), p. 170.

⁸⁴³ O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, pp. 233-234.

⁸⁴⁴ *Ibid.*, p. 263.

⁸⁴⁵ *Ibid.*, p. 133.

⁸⁴⁶ *Ibid.*, pp. 133-134. Le constat fait par O. Jouanjan vaut uniquement pour les deux juridictions suprêmes allemande et française ; nous l'élargissons à la Cour de Strasbourg.

règle, les motifs objectifs susceptibles de justifier une différence ou une identité de traitement »⁸⁴⁷.

Dès l'instant que, dans le monde empirique du droit, l'objectivité en soi n'existe pas, la recherche d'un lieu de perspective depuis lequel apprécier l'objectivité d'un traitement est une nécessité à la fois logique et pratique. Plus précisément encore : dès lors que ce qu'il s'agit d'évaluer, c'est une action législative, c'est-à-dire une règle juridique qui agit sur les positions respectives des individus, il est alors méthodiquement correct – du point de vue de l'impératif de non-discrimination énoncé par la Convention – de se référer au but de l'acte en question pour pouvoir comprendre les raisons qui fondent la jonction ou la disjonction du sort juridique réservé aux uns et aux autres. De surcroît, la référence au but de la loi, par le juge européen, se justifie d'un point de vue fonctionnel, et cela, à un double titre. Elle se justifie d'abord au regard du contexte d'un contrôle qui est un contrôle juridictionnel – comprendre qu'il n'est qu'un contrôle juridictionnel – c'est-à-dire qu'il s'inscrit dans une séparation des fonctions entre, d'un côté, des autorités étatiques démocratiquement investies du pouvoir discrétionnaire et, de l'autre, une autorité judiciaire européenne chargée de trancher des litiges en application du droit de la Convention. Cette remarque se trouve ensuite renforcée eu égard au contexte d'un contrôle qui est un contrôle international – en ce sens qu'il n'est qu'un contrôle subsidiaire – comme la haute juridiction européenne ne manque régulièrement pas de le rappeler⁸⁴⁸.

Prenons pour exemple le cas d'espèce de l'*Affaire linguistique belge*⁸⁴⁹ et plus exactement la question du refus des autorités belges de créer ou subventionner, dans la région de Flandre, des écoles d'enseignement primaire qui utilisent le français comme langue d'enseignement⁸⁵⁰. On se souvient que la Cour européenne a validé la différence de traitement – opérée sur cette partie du territoire – entre, d'un côté, les populations néerlandophones qui bénéficient d'un enseignement officiel dans leur langue et, de l'autre, les populations francophones qui ne le peuvent pas (sachant que la situation était inverse en région wallonne). Pour parvenir à une telle conclusion, la haute juridiction européenne s'est d'abord posé la question de savoir quel était alors le but ou l'objet de la réglementation poursuivie par le législateur belge. Il était en substance le suivant : proposer, sur un territoire donné, une instruction dans l'une des langues officielles de la Belgique, et favoriser, c'est-à-dire accentuer, l'homogénéité linguistique de l'enseignement officiel au sein du territoire en

⁸⁴⁷ *Ibid.*, p. 134.

⁸⁴⁸ Rappelons que, dès l'*Affaire linguistique belge* en 1968, la haute juridiction a précisé que « la Cour ne saurait, dans l'exercice de ce pouvoir d'appréciation, se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention » (CourEDH, *Affaire linguistique belge*, précit., *Série A* n° 6, pp. 35-36, § 10).

⁸⁴⁹ Pour un résumé de cette affaire dans son ensemble : du point de vue des faits de la cause, de la solution d'espèce et des principes arrêtés : voir *supra* p. 258.

⁸⁵⁰ Il s'agit là de la première question traitée par la Cour : *ibid.*, pp. 36-34, §§ 2-7 (et particulièrement pp. 43-44, § 7).

question. Comme elle le dit elle-même : « la Cour relève que [les dispositions légales incriminées] ont pour but de réaliser l'unité linguistique à l'intérieur des deux grandes régions de la Belgique, dans lesquelles une large majorité de la population ne parle que l'une des deux langues nationales. Cette législation rend difficilement viables des établissements scolaires où l'on enseignerait uniquement dans la langue nationale qui n'est pas celle de la plupart des habitants de la région. En d'autres termes, elle tend, dans la région unilingue néerlandaise, à décourager la création ou le maintien d'écoles où l'enseignement se dispenserait exclusivement en français. On ne saurait considérer une telle mesure comme arbitraire. Elle repose, tout d'abord, sur cet élément objectif que constitue la région. Elle s'inspire en outre d'un intérêt public, celui d'assurer que tous les établissements scolaires dépendant de l'État et existant dans une région unilingue, dispensent leur enseignement dans la langue qui est, au premier chef, celle de la région »⁸⁵¹. Au regard du but de la législation – qui vise à choisir, parmi les langues officielles de la Belgique, celle dans laquelle les enfants habitant tel ou tel territoire seront instruits – le constat selon lequel « une large majorité » des habitants de la Flandre sont néerlandophones, et non francophones, rend compréhensible qu'un régime scolaire fasse une place prépondérante à la langue néerlandaise. Au regard de l'autre but de la législation – qui vise à encourager une certaine homogénéisation à l'intérieur de tel ou tel territoire – le constat de marginalité de la langue française dans cette zone rend compréhensible que le législateur belge entende « décourager » un enseignement officiel exclusivement français. Voilà, à ce stade de la démonstration – qui entendait s'attarder sur la phase préparatoire à l'évaluation de l'objectivité du traitement – ce qu'il nous importait de démontrer⁸⁵².

Il est bien sûr intéressant de s'attarder encore un peu sur cette *Affaire linguistique*, afin d'examiner quel était exactement le point de vue à partir duquel la Cour a été amenée à juger qu'il existait une violation de l'article 14 de la Convention. L'hypothèse dans laquelle la violation de l'article 14 a été retenue portait – comme cela a déjà pu être relevé⁸⁵³ – sur le problème du refus opposé à certains enfants, sur le seul fondement de la résidence de leurs parents, d'accéder aux écoles de langue française dans les quelques communes des abords de la capitale belge affectées d'un statut particulier⁸⁵⁴. Comme ailleurs, la Cour a cherché à saisir quel était le but d'un tel refus. En d'autres termes, quelle était la finalité d'intérêt général poursuivie par le législateur belge lorsqu'il a adopté une telle règle. Ou pour le dire de façon un peu plus abstraite : quelle était « la rationalité subjective inhérente à l'acte de volonté que

⁸⁵¹ *Ibid.*, p. 44, § 7.

⁸⁵² Pour la suite du raisonnement (c'est-à-dire après que le point de vue a été établi), la Cour peut alors procéder à l'appréciation de l'objectivité du traitement proprement dit. Elle peut alors se poser la question de savoir si, eu égard à l'objet de la législation belge en cause, les critères de démarcation que cette dernière utilise pour déterminer de la langue d'instruction des enfants en région flamande sont, ou non, dans une correspondance suffisante avec la réalité de la situation linguistique de ce territoire ; autrement dit, si le traitement dont il s'agit est, ou non, objectif. Cette deuxième phase est abordée ultérieurement : voir *infra* p. 331.

⁸⁵³ Voir *supra* p. 258 et surtout p. 265.

⁸⁵⁴ Il s'agit, là, du deuxième volet de la cinquième question traitée par la Cour dans cette affaire : *ibid.*, pp. 61-71, §§ 26-38, surtout le § 32, plus particulièrement pp. 69-71.

constitue la règle »⁸⁵⁵ soumise au contrôle, qui permettrait de rendre intelligible le choix de tel ou tel élément de réalité comme critère de démarcation du sort juridique respectivement réservé aux uns et aux autres. Concrètement, la question se posait de savoir si la législation régissant l'inscription aux écoles des agglomérations considérées devait se comprendre à partir de raisons qui auraient été de nature technique. La Cour constate à cet égard que « la condition de résidence n'est pas imposée dans l'intérêt des établissements scolaires, pour des raisons d'ordre administratif ou financier ; elle procède uniquement, dans le cas des requérants, de considérations tenant à la langue »⁸⁵⁶. À travers cette affirmation, la Cour européenne indique quel est le point de vue à partir duquel il convient d'apprécier le caractère objectif, ou non, du traitement en cause devant elle : le critère de distinction n'est pas « administratif ou financier », il est linguistique⁸⁵⁷.

Citons encore d'autres exemples, comme les affaires *Syndicat national de la police belge* ou *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*⁸⁵⁸, dans lesquelles les pouvoirs publics avaient refusé de consulter certaines organisations syndicales ou de négocier avec elles, alors qu'ils acceptaient de le faire avec d'autres. Dans ces arrêts, la différence de traitement opérée par la puissance publique entre les syndicats requérants et les syndicats qui avaient été entendus devenait intelligible dès lors qu'il était admis – comme ce fut le cas pour la Cour – que l'objectif qui guidait l'action de l'État était la représentativité des partenaires sociaux et la célérité de la discussion. La juridiction européenne note ainsi que le Gouvernement « préfère en règle générale ne souscrire des conventions collectives qu'avec les organisations les plus représentatives ; il a le souci de ne pas se trouver en face d'un nombre excessif d'interlocuteurs, afin de ne pas éparpiller ses efforts et d'aboutir plus aisément à un résultat concret. La Cour tient ce but pour légitime et elle n'a aucune raison de penser que l'État suédois ait poursuivi en la matière d'autres desseins, abusifs ceux-là »⁸⁵⁹.

Une ultime illustration, celle de l'affaire *Inze c. Autriche*, dans laquelle la loi autrichienne en cause attribuait la préséance aux enfants nés dans le cadre du mariage au détriment des enfants nés en dehors du mariage, pour ce qui concerne l'attribution des terres

⁸⁵⁵ O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, p. 263.

⁸⁵⁶ CourEDH, *Affaire linguistique belge*, précit., p. 70. La Commission fait le même constat ; comme elle le dit elle-même : « "l'exclusion des requérants" ne lui semble pas se fonder sur des motifs "d'ordre technique ou administratif" » ; cité par la Cour, *ibid.*, p. 67.

⁸⁵⁷ Pour la suite de l'analyse du raisonnement de la Cour sur ce point : voir *infra* p. 333.

⁸⁵⁸ CourEDH, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, 6 février 1976 ; CourEDH, *Syndicat national de la police belge*, 27 octobre 1975.

⁸⁵⁹ CourEDH, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, précit., § 46. Dans l'arrêt *Syndicat national de la police belge*, qui concernait un syndicat de policiers que le ministère de l'intérieur belge jugeait insuffisamment représentatif, la Cour note dans le même esprit que « le gouvernement a souligné avec force qu'il avait le souci d'éviter "l'anarchie syndicale" et qu'il estimait nécessaire "d'assurer une politique du personnel cohérente et équilibrée, tenant équitablement compte des intérêts professionnels de l'ensemble des agents des provinces et des communes". Ce but est par lui-même légitime et la Cour n'a aucune raison de penser que le gouvernement ait poursuivi d'autres desseins, abusifs ceux-là » ; CourEDH, *Syndicat national de la police belge*, précit., § 48. Pour la suite de l'analyse du raisonnement dans cette affaire, voir p. 334.

agricoles par voie de succession *ab intestat*⁸⁶⁰. Pour arriver à la conclusion qu'il existait en l'espèce une discrimination contraire à l'article 14 combiné avec l'article 1er du 1er Protocole additionnel, la Cour européenne s'est penchée avec attention sur la motivation exacte de cette distinction, telle qu'elle était défendue devant elle par le Gouvernement autrichien. Selon ce dernier, les dispositions de la loi en cause, qui ne désignent qu'un seul héritier ayant vocation à reprendre un domaine agricole, « tendent à deux objectifs » : d'abord « empêcher le morcellement d'une exploitation » et en « préserver la rentabilité » ; ensuite, « la préférence donnée à l'enfant légitime correspondrait à la volonté probable du défunt » ; elle « reflèterait les convictions de la population rurale et la situation sociale et économique des agriculteurs » ; elle serait en outre la traduction de ce que « les enfants nés hors mariage, à la différence des enfants légitimes, ne seraient d'habitude pas élevés dans la ferme de leurs parents et n'auraient pas de liens étroits avec elle » ni avec « le conjoint survivant, qui a normalement le droit de rester à la ferme et d'y être entretenu »⁸⁶¹. Comme la haute juridiction européenne le résume elle-même, les critères à partir desquels il faudrait, selon le Gouvernement, comprendre la législation litigieuse, sont « les intentions du défunt, le lieu où sont élevés les enfants nés hors mariage et les rapports du conjoint survivant avec ses enfants légitimes »⁸⁶². Comme on peut le constater, le juge européen est ici amené à préciser les critères qui sont véritablement à la base de la distinction dont il s'agit, en les abstrayant, comme en l'espèce, de l'argumentation de l'État défendeur. Ce qu'il importe de retenir, c'est que la méthode d'investigation de la Cour part bien, initialement, du point de vue présenté par l'État autrichien. En effet, il s'agissait, pour l'instant, de s'attarder sur la phase préalable du contrôle de l'objectivité comparée d'un traitement : celle-ci consiste à déterminer le point de vue à partir duquel opérer un tel jugement et, à ce titre, médiatise le processus de concrétisation du droit à la non-discrimination⁸⁶³.

Il s'agissait, en effet, de déterminer quel est le critère expliquant la catégorisation directement et explicitement opérée par la législation en cause. Cependant, il se peut que le juge se penche non plus seulement sur les effets juridiques qui sont directement attachés à la catégorisation expressément opérée par la loi, mais également sur les effets juridiques qui sont indirectement générés par celle-ci et qui occasionnent une autre catégorisation des sujets de droit que celle apparemment énoncée.

⁸⁶⁰ CourEDH, *Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987.

⁸⁶¹ *Ibid.*, respectivement § 39 et § 42.

⁸⁶² *Ibid.*, § 43.

⁸⁶³ Pour la suite de l'analyse du raisonnement à l'œuvre dans cette espèce : voir *infra* p. 334 et p. 352.

B. Les droits et libertés consacrés par la Convention européenne renferment des valeurs qui constituent le point de vue complémentaire permettant d'apprécier l'existence, ou non, d'une discrimination indirecte

Il peut, en effet, arriver que le juge appréhende l'objectivité d'un traitement, non plus uniquement en considération des effets juridiques qui ont directement et explicitement été voulus par la norme contrôlée, mais aussi en considération de ses effets indirects ; qu'implicitement ils aient, ou non, été voulus, là n'est alors plus la question⁸⁶⁴. La conclusion qu'il faut aussitôt en tirer est que le point de vue permettant de prendre en compte les effets indirects d'une loi n'est logiquement et nécessairement plus exactement le même que celui qui permettait d'appréhender ses effets directs : il est légèrement différent. Il ne s'agit plus uniquement de l'objet qui est explicitement et directement énoncé par la loi examinée : s'y adjoint une considération supplémentaire qui lui est extérieure. Or, nous l'avons dit, un changement de perspective n'est admissible que si le point de vue complémentaire permettant de prendre en compte d'autres considérations que celles immédiatement poursuivies, est tiré de l'ordre juridique lui-même, et plus précisément, s'il est tiré d'une norme qui a un rang supérieur à celle examinée. Dans le système européen de protection des droits de l'homme, la valeur qui constitue ce nouveau point de vue ne peut être puisée ailleurs que dans l'un des droits que déclare la Convention et avec lequel la loi litigieuse interfère ; il s'agit, pour ainsi dire, du but à atteindre par la liberté conventionnelle concernée, laquelle a pour principe régulateur d'exiger la plus grande étendue de liberté possible pour un individu. L'adjonction d'une autre valeur que celle du but poursuivi par la loi en cause, permet d'examiner l'objectivité du traitement en considérant, non seulement les effets immédiatement et expressément recherchés, mais aussi en considérant d'autres effets : en l'occurrence, les effets indirects sur l'exercice de la liberté énoncée par la Convention européenne. Du point de vue du but poursuivi par la loi, un traitement peut – quant à l'objet que régit directement et expressément ladite loi – être en cohérence avec les situations auxquelles elle s'applique, et n'introduire directement aucune discrimination ; mais ce traitement peut – relativement à un objet indirectement régi par ladite loi, qui vient s'adjoindre de façon accessoire au précédent – ne pas être en cohérence avec les situations auxquelles elle s'applique, et introduire ainsi une discrimination indirecte.

⁸⁶⁴ T. Loenen, « Indirect Discrimination : Oscillating Between Containment and Revolution », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999 (pp. 195-211), pp. 201-204. Voir aussi : R.A. Sedler, « The Role of "Intent" in Discrimination Analysis », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999 (pp. 91-103), particulièrement p. 95 ; M. Selmi, « Indirect Discrimination : a Perspective From the United States », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999 (pp. 213-222) ; I. Sjerps, « Effects and Justifications – Or how to Establish a Prima Facie Case of Indirect Sex Discrimination », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 237-247.

De la sorte, il se peut – hypothèse simple – qu’une différence de traitement en “cache”, pour ainsi dire, une autre : une différence de traitement selon un critère A peut occasionner une différence de traitement selon un critère B. Dans un tel cas, les catégorisations qui sont respectivement issues de chacun des deux points de vue se superposent plus ou moins. Elles portent grossièrement sur le même objet ; mais alors que l’une est explicite, l’autre est implicite. Dans ce cas de figure, le juge est amené à rechercher si la réglementation litigieuse n’engendre pas ce que nous proposons de désigner comme une “discrimination indirecte simple”.

Ainsi, dans l’affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, la Cour s’est estimée fondée à examiner, non seulement les effets directs explicites de la législation britannique de 1980 relative à l’immigration au Royaume-Uni – laquelle opérait une catégorisation des individus selon plusieurs critères : la nationalité bien sûr, le lieu de naissance et le sexe⁸⁶⁵ – mais elle a aussi porté une appréciation sur ses effets indirects⁸⁶⁶ non exprimés, afin de déterminer si les distinctions fondées sur la nationalité ne dissimulaient ou ne recoupaient pas des discriminations à raison de la race. Comme le dit la Commission dans cette affaire : « en limitant – comme elles le font – la liberté d’accès, les politiques d’immigration opéreraient d’ordinaire des distinctions fondées sur la nationalité des gens et indirectement sur leur race, leur origine ethnique voire leur couleur »⁸⁶⁷.

La conclusion à laquelle la Cour est arrivée sur cette question sera envisagée ultérieurement⁸⁶⁸. Pour l’instant, il importe avant tout d’attirer l’attention sur le fait que, dans cette affaire, l’organe de contrôle strasbourgeois est effectivement allé au-delà de la catégorisation expressément opérée par la loi en cause. Le juge a porté son regard ailleurs que sur les seuls effets directement et explicitement recherchés par celle-ci. En d’autres termes, il a examiné si une première catégorisation ou distinction, apparemment valide, n’occasionnait pas une seconde catégorisation ou distinction, dont il convenait pareillement d’évaluer la validité. À nos yeux, le juge est en effet autorisé à s’émanciper du texte de loi en cause, dans la mesure où le texte de la Convention européenne, en l’occurrence celui de l’article 14 lui-même, énumère de façon expresse une liste de critères de catégorisation qui doivent être envisagés de façon critique : y figurent notamment « la race » et « la couleur ».

⁸⁶⁵ CourEDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985. Cette affaire est restée célèbre car la Cour a constaté l’existence d’une discrimination sexuelle (directe) au détriment des femmes contraire à l’article 14 (constat de violation, donc) : voir §§ 74-83. Concernant le contrôle de l’existence d’une discrimination raciale (indirecte) au travers d’une distinction (directe) fondée sur la nationalité : voir §§ 84-86, surtout § 85 (constat de non-violation). Concernant le contrôle de l’existence d’une discrimination (directe) fondée sur la naissance ; §§ 87-89 (constat de non-violation).

⁸⁶⁶ En ce sens également, K. Lenaerts et D. Arts, « La personne et le principe d’égalité en droit communautaire et dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales », in *La personne humaine, sujet de droit*, actes des Quatrièmes Journées René Savatier (Poitiers, 25 et 26 mars 1993), Paris, PUF, 1994 (pp. 101-134) p. 130 (§ 55).

⁸⁶⁷ Position de la Commission résumée par la Cour : CourEDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, précit., § 84.

⁸⁶⁸ Voir *infra* p. 335.

Il se peut aussi – hypothèse complexe – qu’une identité de traitement “cache” par ailleurs une différence de traitement : une identité de traitement selon un critère A peut ainsi engendrer une différence de traitement selon un critère B. Dans un tel cas, ni les catégorisations qui sont respectivement issues de chacun des deux points de vue, ni l’objet de chacun des traitements, ne sont les mêmes ; mais l’un engendre l’autre. Dans le système de la Convention européenne des droits de l’homme, un traitement identique depuis le *tertium comparationis* que forme le but ou l’objet d’une loi nationale peut se présenter comme un traitement différent depuis le *tertium comparationis* que constitue le but ou l’objet d’une liberté conventionnelle à l’intérieur de laquelle ladite loi nationale interfère. Autrement dit, un traitement identique depuis une valeur interne à l’acte contrôlé peut se présenter comme un traitement différent depuis une valeur externe à l’acte examiné. Dans ce cas de figure, le juge est également conduit à rechercher si la législation en cause n’entraîne pas ce que nous proposons de désigner comme une “discrimination indirecte complexe”.

L’exemple topique à cet égard est bien sûr l’arrêt *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000⁸⁶⁹. Sur un plan méthodologique, ni la progression argumentative de la Cour, ni la terminologie qu’elle utilise, ne sont entièrement satisfaisantes. Aussi, l’analyse à suivre se propose-t-elle de mettre à jour les axes de raisonnement qui sont foncièrement à l’œuvre dans cette décision. Il convient, à cette fin, de faire ressortir que le contrôle de la haute juridiction européenne passe en vérité par le canal de plusieurs étapes successives, lesquelles sont autant de points de vue à partir desquels le juge va déchiffrer la réglementation qui lui est soumise. Ces différents moments du raisonnement de la Cour sont bien présents au sein du dispositif de l’arrêt, mais ils le sont de manière parcellaire et ne sont ni vraiment présentés ou agencés en tant que tels, ni véritablement pensés ou perçus comme tels. Comme nous allons le voir, le traitement des requérants est d’abord compris du point de vue du but ou de l’objet de la loi nationale concernée ; puis provisoirement ou transitoirement à partir du but ou de l’objet de la liberté conventionnelle au sein de laquelle ladite loi interfère ; et enfin, soit, une nouvelle fois, au regard du but poursuivi par la loi, mais rapporté à ses effets indirects (c’est-à-dire sur l’objet qu’elle régit indirectement), soit au regard du point de vue cumulant ou conciliant les deux objectifs susmentionnés, rapporté aux effets directs de la loi examinée (c’est-à-dire sur l’objet qu’elle régit directement).

La première étape de la recherche du *tertium comparationis* à partir duquel apprécier l’objectivité, ou non, du traitement litigieux dans cette affaire a été la suivante : elle a, pour la Cour, consisté à se demander quel était le but expressément et immédiatement recherché par la loi grecque incriminée dans cette espèce⁸⁷⁰. Autrement dit, quels étaient les objectifs que le

⁸⁶⁹ Pour un aperçu général des faits et des enjeux de cette affaire, voir *supra* p. 262.

⁸⁷⁰ Comme elle le dit, bien que maladroitement, elle-même : « la Cour doit d’abord déterminer si le fait de n’avoir pas traité le requérant différemment d’autres personnes convaincues d’un crime poursuivait un but légitime » ; la formulation de la Cour est maladroite dans la mesure où elle fait une application erronée de sa propre jurisprudence en ce sens qu’elle amalgame ici la fin et les moyens. La jurisprudence de l’*Affaire linguistique* commande d’abord d’examiner si la finalité poursuivie par la loi est légitime ; puis, prescrit ensuite

législateur hellène comptait atteindre concrètement et directement ? En exigeant des personnes qui ambitionnent d'accéder à la profession d'expert-comptable de ne pas avoir été reconnues coupable de crime, quel qu'il soit, la loi hellène régissant l'entrée dans ce corps de métier avait pour but d'assurer la probité de cette corporation⁸⁷¹ ; étant entendu qu'une telle condamnation était considérée par les autorités grecques comme un indice suffisant de l'absence de moralité du postulant. L'indication de cette finalité précisément recherchée par la loi examinée a pour fonction de rendre la catégorisation législative déchiffrable. En effet, à l'aune d'un tel critère de comparaison, la jonction ou la disjonction du sort juridique des divers candidats devient lisible. L'exigence de droiture morale permet de comprendre que la loi examinée classe les postulants en fonction de l'état de leur casier judiciaire, c'est-à-dire selon la nature de l'infraction (formulé de façon schématique, le partage des individus est donc "crime/pas crime" ou, si l'on préfère, "crime, impossibilité d'accès à la profession/pas crime, possibilité d'accès à la profession"). Le but ou l'objet de la loi fournit la clé de répartition de l'intérêt juridique expressément et directement régi ; en l'occurrence, l'intérêt juridique ou le "bien juridique" directement régi est la possibilité d'être nommé expert-comptable⁸⁷².

d'évaluer si les moyens retenus (c'est-à-dire la catégorisation choisie et le régime juridique qui y est attaché) sont appropriés à un tel but. Or, la Cour confond ici le but poursuivi (le souci de droiture morale des candidats) et les moyens d'y parvenir (la catégorisation des candidats selon la nature de l'infraction et non selon la nature des faits constitutifs de l'infraction) ; ce malencontreux amalgame conduit alors la Cour à confondre l'exigence de légitimité du but poursuivi par la loi contrôlée (en droit français on parle des « objectifs d'intérêt général poursuivis par le législateur », en droit communautaire de « but légitime d'intérêt général ») et l'exigence d'objectivité des moyens, autrement dit, de la catégorisation utilisée par ladite loi (il s'agit d'évaluer l'objectivité du critère qui sert de base à la catégorisation choisie par la loi pour atteindre le but qu'elle s'est fixée). En bref, la Cour confond légitimité et objectivité.

⁸⁷¹ Au paragraphe 47 de l'arrêt, le juge européen prend note de ce que « les États ont un intérêt légitime à exclure certains délinquants de la profession d'expert-comptable » (CourEDH, *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, § 47, première phrase) ; ainsi qu'il nous est permis de comprendre le raisonnement de la Cour à cet endroit et ainsi que la Cour elle-même comprend la législation qui lui est présentée, le but d'une telle exclusion vise à écarter tout individu qui serait caractérisé par une certaine « malhonnêteté ou turpitude morale de nature à amoindrir les capacités de l'intéressé à exercer cette profession » (*ibid.*, deuxième phrase). La rédaction de l'arrêt est particulièrement maladroite lorsqu'elle affirme dans ce même paragraphe que « l'exclusion du requérant de la profession d'expert-comptable ne poursuivait pas un but légitime » (*ibid.*, avant-dernière phrase), alors qu'en réalité, ce qu'elle entend signifier, c'est le fait que l'exclusion du requérant au regard du but susmentionné – visant à préserver l'honnêteté ou la probité de ce corps de métier – n'est pas objective si l'on confronte un tel traitement à la situation du requérant, lequel n'a commis aucun acte qui dénoterait une malhonnêteté ou une turpitude morale de nature à amoindrir ses capacités à exercer cette profession. L'énoncé correct aurait donc dû être : « l'exclusion du requérant de la profession d'expert-comptable n'a pas de fondement objectif ». Le juge européen aurait alors pu se contenter de l'assertion qu'il fait, dans ce même paragraphe, immédiatement après, selon laquelle « la Cour considère que le refus de traiter le requérant différemment des autres personnes reconnues coupables d'un crime n'avait aucune justification objective et raisonnable » (*ibid.*, dernière phrase).

⁸⁷² « La Cour constate que le requérant n'a pas été nommé expert-comptable en raison de sa condamnation passée » ; la juridiction européenne ajoute que la catégorisation opérée par la loi grecque « a trait à l'accès à une profession particulière » et que « la Convention ne garantit pas la liberté de profession » (*ibid.*, § 41), mais que l'article 14 combiné avec l'article 9 est applicable au vu de « "l'ensemble de circonstances" dont se plaint le requérant » (*ibid.*, § 42).

Dans cette optique, les faits de la cause se présentent alors comme suit. Suivant une première perspective, l'État grec procède à un traitement identique de tous les candidats convaincus de crime, quels que soient les faits constitutifs d'une telle infraction, et refuse de les nommer experts-comptables ; ce qui est le cas du requérant en l'espèce⁸⁷³. Suivant une deuxième perspective, il opère un traitement différent entre, d'un côté, les candidats condamnés pour crime qui ne peuvent devenir experts-comptables, comme cela vient d'être souligné, et, de l'autre, les candidats qui n'ont pas du tout été condamnés pénalement ou qui l'ont été pour des infractions ne revêtant pas le caractère de crime, et qui peuvent donc prétendre à un poste d'expert-comptable⁸⁷⁴. Cependant, le raisonnement de la Cour ne s'achève pas là : il ne s'arrête pas aux seuls effets matériels directs de la réglementation contrôlée, il va dans un deuxième temps prendre en considération ses effets matériels indirects.

La deuxième étape de la détermination du point de vue à partir duquel évaluer si une réglementation génère une discrimination indirecte est la suivante : elle a, en l'espèce, consisté à observer la législation litigieuse à partir d'une considération nouvelle, celle de l'incidence de ladite législation sur l'exercice des libertés garanties par la Convention, dans le chef respectif des uns et des autres. Comme on le sait, la législation hellène interférait indirectement avec l'article 9 de la Convention, lequel protège la liberté de conscience ou de religion. La réglementation a donc été examinée en considérant son incidence sur la liberté de conscience des uns et des autres⁸⁷⁵ ; autrement dit, l'intérêt juridique ou le "bien juridique" qui, en l'occurrence, est indirectement régi par une telle législation est la liberté de conscience. En effet, le traitement litigieux n'est plus scruté depuis le but ou l'objet de la loi nationale ; il est, à titre provisoire ou transitoire⁸⁷⁶, observé à partir de ce que l'on pourrait désigner comme le but ou l'objet de la liberté conventionnelle, à l'intérieur de laquelle ladite

⁸⁷³ Comme le dit la Cour, « l'argument du requérant consiste à se prétendre victime d'une discrimination [...] en ce qu'il a subi le même traitement que toute autre personne convaincue d'un crime » ; *ibid.*, § 42.

⁸⁷⁴ La Cour observe ainsi que le requérant « a donc été traité différemment des autres candidats à ce poste parce qu'il se trouvait dans la situation d'une personne condamnée » ; *ibid.*, § 41. La Cour fait ainsi référence à « la distinction que font les règles gouvernant l'accès à la profession entre les personnes condamnées et les autres » ; *ibid.*, § 42.

⁸⁷⁵ « En substance, l'argument du requérant consiste à se prétendre victime d'une discrimination dans l'exercice de sa liberté de religion, garantie par l'article 9 de la Convention, en ce qu'il a subi le même traitement que toute autre personne convaincue d'un crime, alors que sa propre condamnation découlait de l'exercice même de cette liberté. Vu sous cet angle, la Cour admet que "l'ensemble de circonstances" dont se plaint le requérant – le fait d'avoir été traité comme une personne reconnue coupable d'un crime aux fins de la nomination à un poste d'expert-comptable, bien que l'infraction pour laquelle il a été condamné ait été la conséquence de ses convictions religieuses – "tombe sous l'empire d'une disposition de la Convention", à savoir l'article 9 » ; *ibid.*, § 42.

⁸⁷⁶ Il s'agit d'une phase provisoire dans la mesure où il ne s'agit pas ici d'examiner si le découpage des sujets de droit est, ou non, objectif au regard de ce seul nouveau point de vue. Considéré isolément, en lui-même, ce nouveau point de vue n'est que transitoire : il autorise à considérer d'autres éléments que ceux que faisait apparaître le point de vue précédent et auquel il faudra par la suite, dans l'étape ultime revenir. Pour l'instant, la seule interrogation que soulève cette étape transitoire, c'est de savoir à quelle catégorisation des sujets de droit aboutit la prise en compte de ce nouveau critère.

réglementation étatique interfère indirectement, c'est-à-dire à partir de son idéal régulateur, qui consiste à reconnaître à un individu la plus grande étendue de liberté possible.

Si l'on examine la réglementation dont il s'agit en prenant en compte le problème de son incidence sur la liberté religieuse des uns et des autres, les faits de la cause se présentent alors de manière suivante : d'un côté, il y a les candidats pour lesquels les règles d'accès à la profession d'expert-comptable n'impliquent – en amont, c'est-à-dire indirectement – aucune restriction de leur liberté de conscience⁸⁷⁷ ; de l'autre, il y a les candidats pour lesquels l'accès à la profession d'expert-comptable implique – en amont, c'est-à-dire indirectement – une restriction de leur liberté de conscience⁸⁷⁸. Dans le raisonnement de la Cour, ce constat est fait de manière presque implicite, ou tout du moins, de façon extrêmement brève et allusive⁸⁷⁹. Or, ce deuxième point de vue fait apparaître un nouveau découpage entre les candidats (énoncé schématiquement, le partage des individus est "liberté restreinte/liberté non restreinte", ou si l'on préfère "liberté restreinte des objecteurs de conscience/liberté non restreinte des non-objecteurs de conscience"). Il est important de souligner que ce découpage-ci ne se superpose pas au découpage issu du point de vue précédent. Le fractionnement des candidats selon le critère de la nature de l'infraction ("crime/pas crime") n'est pas le même que celui qui résulte du critère de l'étendue de liberté de conscience ("liberté restreinte/liberté non restreinte"). Le traitement dont se plaint le requérant ne se présente plus comme une

⁸⁷⁷ Soit que ces candidats n'aient été amenés à ne commettre aucune infraction en application de leurs convictions spirituelles, de sorte qu'ils peuvent accéder à ce corps de métier sans préjudice pour leur liberté religieuse ; soit qu'ils n'aient été conduits par leurs croyances religieuses à ne réaliser que des infractions qui ne sont pas considérées par la loi comme réhabilitaires pour devenir expert-comptable, de sorte que leur liberté de religieuse n'est à cet égard, là non plus, pas entamée ; soit qu'ils aient effectivement commis des infractions légalement considérées comme dirimantes pour exercer une telle profession, mais que leurs convictions religieuses sont – ou doivent être considérées comme – étrangères à l'accomplissement d'une telle infraction, de sorte que le refus subséquent de nomination au poste d'expert-comptable n'engage en rien la question de la liberté religieuse, laquelle n'est donc pas atteinte. Il importe de faire remarquer qu'une telle explication ne se trouve pas dans l'arrêt ; mais elle lui est implicite.

⁸⁷⁸ Car la législation hellène les place indirectement devant le dilemme suivant : soit accepter de porter l'uniforme, être en capacité de devenir expert-comptable, mais être en contraction avec ses convictions religieuses ; soit être en accord avec ses croyances religieuses, refuser le service militaire, mais abandonner le projet de devenir expert-comptable ; dans les deux cas, il y a un renoncement par rapport au postulat d'une liberté de conscience de l'individu. Il convient, là aussi, de faire observer qu'une telle explication ne se trouve pas dans l'arrêt, mais qu'elle lui est, là encore, implicite ; sans cette argumentation, l'arrêt *Thlimmenos* reste incompréhensible.

⁸⁷⁹ Dans l'argumentaire qu'il présente à la Cour, le requérant fait allusion à cette différence de traitement dans l'exercice de la liberté de conscience lorsqu'il affirme que « la catégorie de personnes à laquelle appartient le requérant, c'est-à-dire les hommes témoins de Jéhovah, à qui leur religion interdit formellement d'effectuer le service militaire, se distingue de la plupart des autres catégories de délinquants » (CourEDH, *Thlimmenos*, précit., § 34). Certes, l'indication, par la Cour elle-même, de ce nouveau découpage des sujets de droit, indirectement induit par la législation qui lui est soumise, est – il faut le dire – particulièrement brève, allusive et relativement implicite ; ce découpage n'en est cependant pas moins réel : le signe d'une disjonction indirecte du sort juridique des uns et des autres est révélé par le terme « alors que » dans la phrase de la Cour ci-après : « l'argument du requérant consiste à se prétendre victime d'une discrimination dans l'exercice de sa liberté de religion, garantie par l'article 9 de la Convention, en ce qu'il a subi le même traitement que toute autre personne convaincue d'un crime, alors que sa propre condamnation découlait de l'exercice même de cette liberté » (*ibid.*, § 42).

identité de traitement mais comme une différence de traitement⁸⁸⁰. Comme on le comprend, le but ou l'objet du droit consacré par la Convention européenne forme donc cette valeur juridique à la fois externe et supérieure par rapport à la norme contrôlée ; elle est ce point de vue qui vient en complément du précédent et qui permet de se poser la question de l'existence, ou non, d'une discrimination indirecte. En d'autres termes, elle est ce point de vue autorisant le juge à s'éloigner des effets directs que produit la réglementation contrôlée (ceux qui ont clairement été voulus), pour prendre en compte ses effets indirects (ceux dont il n'est plus important de savoir s'ils ont, ou non, été voulus). Ce constat d'une différence de traitement dans l'exercice d'une liberté fondamentale autorise alors le juge à passer à la phase suivante et ultime de son raisonnement.

Dans un troisième et dernier temps donc, le juge européen est fondé à se poser la question de savoir si une telle différence de traitement selon la nature des croyances religieuses, provoquée par une identité de traitement selon la nature de l'infraction, continue d'être objectivement justifiée au regard du but de la loi qui est de préserver la probité de la profession d'expert-comptable⁸⁸¹ ; ou bien, ce qui revient au même, si l'identité de traitement selon la nature de l'infraction, provoquant une différence de traitement selon la nature des croyances religieuses, possède un caractère objectif au regard du dessein poursuivi par la loi, visant à préserver la probité de la profession d'expert-comptable, *et* au regard de la finalité que renferme la liberté indirectement concernée, à savoir le respect de la liberté de conscience.

Concrètement, est en cause l'agissement de l'État consistant à traiter le requérant – directement, en ce qui concerne la possibilité d'accéder à la profession d'expert-comptable – de façon identique par rapport à toute personne convaincue de crime, quel que soit ce crime, et – indirectement, en ce qui concerne la liberté de conscience – de façon différente par rapport aux personnes ayant d'autres croyances et disposant d'une liberté religieuse non diminuée. Cet agissement étatique-ci est-il objectif ? Pour le dire autrement, la législation hellène réglementant l'accès à la profession d'expert-comptable – laquelle a directement (et

⁸⁸⁰ Voilà comment expliquer l'assertion quelque peu maladroite de la Cour – qui sans cet éclairage resterait totalement contre-intuitive et même absurde – selon laquelle « l'argument du requérant consiste à se prétendre victime d'une discrimination dans l'exercice de sa liberté de religion, garantie par l'article 9 de la Convention, en ce qu'il a subi le même traitement que toute autre personne convaincue d'un crime, alors que sa propre condamnation découlait de l'exercice même de cette liberté » (*ibid.*, § 42).

⁸⁸¹ Cette agrégation des deux finalités précédentes (celle de la droiture morale et celle de la liberté de conscience) en un point de vue définitif à partir duquel la Cour évalue l'objectivité du traitement qui lui est déféré se reflète dans le raisonnement de la Cour situé dans les passages suivants. On en trouve la traduction, d'abord, lorsque la Cour enregistre que le requérant se plaint de ce qu'en vertu de la loi hellène « aucune distinction ne soit établie entre les personnes condamnées pour des infractions commises exclusivement en raison de leurs convictions religieuses et les personnes reconnues coupables d'autres infractions » (*ibid.*, § 42). On en trouve la traduction, ensuite, lorsque la juridiction européenne affirme : « la Cour estime qu'en principe, les États ont un intérêt légitime à exclure certains délinquants de la profession d'expert-comptable. Toutefois, elle considère par ailleurs que, contrairement à des condamnations pour d'autres infractions majeures, une condamnation consécutive à un refus de porter l'uniforme pour des motifs religieux ou philosophiques ne dénote aucune malhonnêteté ou turpitude morale de nature à amoindrir les capacités de l'intéressé à exercer cette profession » (*ibid.*, § 47).

explicitement) pour effet de catégoriser les individus en fonction du type d'infraction, et a indirectement (et donc implicitement) pour effet de les catégoriser en fonction du type de croyance religieuse – reposait-elle sur une justification objective ?

Or, au regard de quel point de vue le juge européen apprécie-t-il l'objectivité d'un tel traitement ? Deux alternatives sont possibles. Si l'attention du juge se porte, de façon prioritaire, sur l'objet qui est indirectement régi par la loi contrôlée, il est fondé à évaluer l'objectivité de l'agissement étatique au regard du but de la loi, qui est de préserver la moralité de la profession d'expert-comptable. Si son attention se porte, de façon prioritaire, sur l'objet qu'elle régit directement, il est fondé à examiner l'objectivité de l'agissement étatique au regard de la double exigence de droiture morale et de liberté de conscience des candidats.

La réponse apportée par la Cour européenne à la question du caractère objectif, ou non, du traitement en cause dans l'affaire *Thlimmenos* sera étudiée, lors de la phase qu'il convient d'analyser à présent : celle qui vise à confronter, d'une part, le régime juridique appliqué aux uns et aux autres et, d'autre part, la réalité des situations individuelles respectives. En effet, une fois dégagé le lieu ou le point de vue à partir duquel apprécier la position juridique respective des uns et des autres, il est alors possible de passer à l'examen de l'objectivité du traitement proprement dit. Une fois établi quel est le critère qui détermine que telle personne sera traitée comme ceci et que telle autre sera traitée comme cela, une fois ce *tertium comparationis* défini, on peut alors procéder à ce jugement de réalité qu'appelle l'impératif d'objectivité⁸⁸². La phase de détermination du point de vue à partir duquel apprécier le caractère objectif d'un traitement n'était donc qu'une étape préparatoire à la phase d'évaluation de l'objectivité elle-même.

§ 2. La phase d'évaluation de l'objectivité d'un traitement : l'exigence d'une correspondance rationnelle entre un traitement et une situation

Le principe d'égalité commande qu'un traitement soit en accord avec la réalité qu'il appréhende. Un tel réquisit est, répétons-le, la traduction de cet idéal régulateur, à la fois interne et subsidiaire au sein de l'égalité, lequel pousse à regarder autrui non plus seulement comme un semblable, mais aussi comme un être singulier ; une personne dont la situation peut également être particulière et qui peut, à un niveau pratique, partager cette spécificité de situation avec d'autres personnes. Sans cette précision, l'exigence d'objectivité du traitement,

⁸⁸² Pour la suite, donc, du processus de concrétisation de l'obligation de non-discrimination dans cette affaire *Thlimmenos* : voir *infra* p. 338 (notamment p. 339 et p. 342), ainsi que p. 353.

ou toute rhétorique équivalente concernant le droit à la non-discrimination, reste absolument incompréhensible.

Le principe d'égalité exige donc un lien rationnel entre les traitements et les situations. Il en résulte que cette norme – et c'est là un phénomène propre à toute règle prescrivant le respect de la non-discrimination – a pour effet de rationaliser l'action des pouvoirs publics. Ceci explique d'ailleurs qu'il lui soit parfois substitué des méthodes de contrôle analogues, qui ont pareillement pour objet d'examiner la pertinence des motifs d'un acte juridique, à l'instar de la technique de "l'erreur manifeste d'appréciation" utilisée par le Conseil d'État français⁸⁸³.

Ce lien entre les traitements et la réalité doit être suffisamment apparent, suffisamment pertinent, suffisamment rationnel. Il s'agit, dans la plupart des cas, d'un principe de raison suffisante et non d'un principe de raison nécessaire. La haute juridiction européenne n'a pas manqué de le souligner dès l'*Affaire linguistique belge* en 1968 : « En recherchant si, dans un cas d'espèce, il y a eu ou non distinction arbitraire, la Cour ne saurait ignorer les données de droit et de fait caractérisant la vie en société dans l'État qui, en qualité de Partie Contractante, répond de la mesure contestée. La Cour ne saurait, dans l'exercice de ce pouvoir d'appréciation, se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention. Il en résulte que les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention, et que le contrôle de la Cour ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention »⁸⁸⁴. Cette précision est régulièrement réitérée depuis : comme elle le dit elle-même à l'occasion de l'affaire *Rasmussen*, « dans plusieurs arrêts, la Cour a relevé que les États jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égard analogues justifient des distinctions de traitement juridique »⁸⁸⁵.

Ceci étant précisé, dès lors qu'une réglementation des pouvoirs publics interfère directement ou indirectement dans l'exercice d'une liberté fondamentale, le droit à la non-discrimination exige une adéquation entre le traitement des individus et la réalité des circonstances dans lesquelles ceux-ci se trouvent. Il résulte de la jurisprudence européenne que cette exigence doit être satisfaite, en toute hypothèse, au niveau des effets directement et

⁸⁸³ Sur ce rôle joué par l'erreur manifeste sur le terrain du principe d'égalité : J.M. Gallardo, « La garantie indirecte du droit à un traitement différent dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA* 2003, pp. 219-222. Pour un phénomène similaire concernant d'autres juridictions : J.-J. Pardini, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Paris, Economica, 2001, pp. 225-265.

⁸⁸⁴ CourEDH, *Affaire linguistique belge*, précit., *Série A* n° 6, pp. 35-36, § 10.

⁸⁸⁵ CourEDH, *Rasmussen c. Danemark*, 24 novembre 1984, § 40. Sur ce sujet, voir : J. Schokkenbroek, « The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation », *HRLR* 1998, vol. 19, n° 1, pp. 20-23.

explicitement recherchés par la réglementation étatique (A) et, le cas échéant, à celui des effets indirectement et implicitement générés par ladite réglementation (B) ; dans les deux hypothèses, le juge européen réclame, en application du droit garanti par l'article 14, une correspondance rationnelle entre les effets juridiques produits par la législation issue des pouvoirs publics et les situations individuelles concernées.

A. L'exigence d'une adéquation entre les effets directs d'un acte étatique et la réalité des circonstances individuelles

Exiger qu'un traitement soit objectif, c'est exiger que le régime juridique assigné à tel individu soit en adéquation avec la réalité de la situation dans laquelle il est. Il faut qu'au regard du but poursuivi par la loi nationale, la particularité du traitement qui lui est appliqué soit en cohérence avec la particularité de la situation dans laquelle il se trouve. Autrement dit, il faut que la catégorisation législative ou réglementaire et les conséquences juridiques qui lui sont attachées soient en congruence ou en accord avec la réalité des circonstances individuelles. Pour le dire de façon tout à fait précise, mais aussi un peu plus complexe : il faut que la spécificité des effets juridiques que le législateur a directement voulu engendrer dans le chef d'un individu A, par comparaison à la spécificité des effets juridiques qu'il a directement entendu produire à l'égard d'un individu B, corresponde à la spécificité de la situation factuelle dans laquelle se trouve cet individu A, par comparaison à la spécificité de la situation factuelle dans laquelle se trouve l'individu B.

Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme l'illustrent abondamment. Il convient à cet égard de reprendre les exemples qui ont précédemment été mentionnés et de poursuivre l'examen de la méthode de raisonnement qui, de façon plus ou moins visible et de manière plus ou moins consciente, est à l'œuvre dans les jugements en question : il importe maintenant d'observer quelle a été la réponse apportée par la Cour, dans ces diverses espèces, à la question de savoir si les réglementations examinées avaient, ou non, un caractère objectif ; si elles étaient, ou non, dans une correspondance rationnelle avec les situations respectivement régies.

Concernant l'arrêt de principe rendu dans l'*Affaire linguistique belge*, il convient une nouvelle fois de se pencher sur le premier problème qui avait alors été soumis à la juridiction européenne dans cette espèce, à savoir l'absence d'un enseignement public en langue française en Flandre⁸⁸⁶. Comme on s'en souvient⁸⁸⁷, pour ce qui concerne cette zone

⁸⁸⁶ Il s'agit, là, de la première et de la seconde questions examinées par la juridiction européenne, qui ont respectivement trait, d'une part, au refus de créer et de subventionner des écoles non-conformes aux prescriptions linguistiques (question n° 1 : CourEDH, *Affaire linguistique belge*, 23 juillet 1968, *Série A* n° 6, pp. 36-44, §§ 2-8 ; surtout § 7, plus particulièrement pp. 43-44), et, d'autre part, au retrait total des subventions aux écoles qui entretiendraient, au titre de classes non subsidiées et à côté de l'enseignement donné dans la langue

géographique, la Cour a jugé que la législation belge sur cette partie du territoire est conforme aux exigences de l'article 14. En substance, elle a estimé qu'il existe une correspondance suffisante entre le régime juridique mis en place par la loi belge et la réalité des circonstances individuelles des requérants. Rappelons rapidement ces deux aspects de la question. La première facette du problème est le traitement juridique lui-même : en s'opposant, au sein de la Flandre, à la création d'écoles officielles de langue française et au subside des écoles privées qui ne se conforment pas aux prescriptions linguistiques de la réglementation scolaire, la loi belge traite différemment les enfants de cette région, selon qu'ils sont néerlandophones ou francophones ; les uns bénéficiant d'une instruction officielle ou subventionnée dans leur langue maternelle, les autres ne le pouvant pas. La seconde facette du problème est la réalité des faits : il y a lieu de constater à ce sujet que la grande majorité des enfants qui résident dans cette zone géographique parlent le néerlandais et que seul un nombre restreint d'enfants s'exprime en français.

Eu égard à ces deux aspects de la cause, l'un et l'autre envisagés depuis le but ou l'objet de la loi – qui consiste, rappelons-le, à proposer un enseignement primaire dans l'une des deux langues officielles de la Belgique et à favoriser l'unité linguistique au sein du territoire en question – le juge européen pouvait alors se prononcer sur le caractère objectif, ou non, de ladite législation. Celui-ci a conclu qu'il existe en l'espèce une adéquation suffisante entre le régime linguistique légal, tel qu'il est organisé en Flandre, et la réalité des pratiques linguistiques de cette région⁸⁸⁸. En d'autres termes, la différence de traitement des uns et des autres est suffisamment en rapport avec la dissemblance de situation de ceux-ci et de ceux-là. Concrètement, la Cour a considéré que le traitement différent est objectif car la catégorisation établie par ladite législation est en concordance avec la réalité de chacune « des deux grandes régions de la Belgique, dans lesquelles une large majorité de la population ne parle que l'une des deux langues nationales »⁸⁸⁹. La Cour précise ainsi qu'« on ne saurait considérer une telle mesure comme arbitraire. Elle repose tout d'abord sur cet élément objectif que constitue la région. Elle s'inspire en outre d'un intérêt public, celui d'assurer que tous les établissements scolaires dépendant de l'État et existant dans une région unilingue, dispensent leur enseignement dans la langue qui est, au premier chef, celle de la région »⁸⁹⁰.

que prévoient les lois linguistiques, un enseignement total ou partiel dans une autre langue (question n° 2 : *ibid.*, pp. 44-51, §§ 8-13 ; et surtout § 19, plus particulièrement p. 56).

⁸⁸⁷ Voir *supra* p. 258, et notamment p. 262.

⁸⁸⁸ Il convient de reconduire un tel constat au regard de l'autre but poursuivi en l'espèce, celui de favoriser l'unité linguistique : même si la Cour ne le formule pas en ces termes, il est plus logique de réaliser l'unité linguistique de l'enseignement subventionné "à partir" – pour ainsi dire – de la langue majoritaire, que de la langue minoritaire ; en ce sens que la part de négation du réel qu'elle implique est moindre dans le cas de la langue minoritaire que dans la langue majoritaire. L'exigence d'objectivité est un principe de raison suffisante (et non un principe de raison nécessaire) : la législation se trouve dans une adéquation suffisante avec la réalité ; ce qui ne serait pas le cas si l'homogénéisation linguistique du territoire avait été faite en prenant comme langue d'enseignement la langue minoritaire.

⁸⁸⁹ *Ibid.*, p. 44.

⁸⁹⁰ *Ibid.*

En résumé, la distinction dont il s'agit est fondée sur une justification objective : « elle repose sur une appréciation objective de circonstances de fait essentiellement différentes »⁸⁹¹.

Comme on le sait⁸⁹², cette exigence n'a, en revanche, pas été satisfaite pour ce qui concerne les règles régissant l'inscription des enfants aux écoles créées dans les quelques agglomérations de la périphérie bruxelloise affectées d'un statut spécial⁸⁹³. Il faut d'abord rappeler que la législation belge institue une différence de traitement en ce qui concerne les enfants résidant en dehors desdites communes entre, d'un côté, les néerlandophones, lesquels ont accès aux écoles de langue néerlandaise dans les collectivités en question et, de l'autre, les francophones, lesquels n'ont pas accès aux écoles de langue française dans ces mêmes agglomérations. Il faut rappeler également que la majorité de la Cour a estimé que la situation globale de ces communes était plus proche du modèle bilingue de la capitale bruxelloise que de celui unilingue de la région flamande. Dans son raisonnement, elle prend ainsi acte de ce que « d'après les renseignements fournis à la Cour, lesdites communes comptent un nombre important de familles francophones ; elles constituent, jusqu'à un certain point, une zone de caractère "mixte" ». Elle enregistre ensuite que « c'est pour répondre à cette donnée de fait que [...] les six communes ne relèvent plus de la région unilingue néerlandaise, mais forment un "arrondissement administratif" distinct doté d'un "statut propre" » et qu'elles « bénéficient d'un régime bilingue en matière administrative » et, dans une certaine mesure, « en matière scolaire », pourvu qu'un nombre minimal de chefs de famille habitant sur leur territoire en ait fait la demande⁸⁹⁴.

Dans ces conditions, la Cour a jugé en substance que la différence de traitement quant à l'inscription des enfants résidant en dehors desdites communes, selon qu'ils parlent l'une ou l'autre langue nationale, n'est pas en cohérence avec le statut linguistique « mixte » de ces collectivités⁸⁹⁵. Le constat selon lequel « cette mesure ne s'applique pas de façon uniforme aux familles parlant l'une ou l'autre langue »⁸⁹⁶ contraste avec le régime général relativement bilingue de ces communes⁸⁹⁷, ainsi qu'avec celui qui caractérise la capitale belge dont elles sont proches⁸⁹⁸. Alors qu'ils se trouvent dans une situation essentiellement semblable, les

⁸⁹¹ *Ibid.* Pour la suite de l'analyse du raisonnement de la Cour dans cette affaire, voir *infra* p. 348.

⁸⁹² Voir *supra* p. 258, p. 265 et surtout p. 319.

⁸⁹³ Il s'agit, là, du deuxième volet de la cinquième question, *ibid.* pp. 61-71, §§ 26-38, surtout le § 32, plus particulièrement pp. 69-71.

⁸⁹⁴ *Ibid.*, p. 69.

⁸⁹⁵ *Ibid.*

⁸⁹⁶ *Ibid.*, p. 70.

⁸⁹⁷ « Les six communes dont il s'agit bénéficient d'un régime bilingue "en matière administrative" » (*ibid.*, p. 69) ; en matière scolaire, le régime se rapproche du modèle bilingue puisque l'instruction y est en principe prodiguée en néerlandais, mais l'organisation d'un enseignement en français officiel ou subsidié doit être organisé « au niveau gardien et primaire, à condition que seize chefs de famille habitant sur leur territoire en fassent la demande (*ibid.*) ».

⁸⁹⁸ *Ibid.*, p. 70.

enfants font l'objet d'un traitement distinct : voilà la discordance que la Cour a sanctionnée en retenant la violation de l'article 14 quant à cet aspect de la législation belge⁸⁹⁹.

Pour continuer, sur ce même thème de l'appréciation de l'objectivité du traitement, avec des exemples dont l'étude avait précédemment été commencée, il convient de citer encore les affaires *Syndicat national de la police belge* et *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*⁹⁰⁰. Aux yeux de la Cour, la différence de traitement dont se plaignaient les organisations syndicales en cause dans ces arrêts – lesquelles déploraient n'avoir pas été sollicitées par le Gouvernement, contrairement à d'autres syndicats qui l'avaient été – reposait sur une justification objective. En effet, dès lors qu'il était avéré que la réduction du nombre d'interlocuteurs favorise l'efficacité de la discussion et qu'il avait été constaté que les syndicats sélectionnés étaient suffisamment représentatifs de la profession, le choix effectué par les autorités publiques dans les espèces concernées satisfaisait à l'exigence d'objectivité⁹⁰¹, telle qu'elle découle du principe de non-discrimination garanti par l'article 14 de la Convention⁹⁰².

Il faut citer une dernière affaire dont l'étude avait également été entamée antérieurement⁹⁰³ : il s'agit de l'arrêt *Inze c. Autriche*, dans lequel la Cour a constaté l'existence d'une discrimination entre les enfants dits "légitimes" et "illégitimes" concernant l'attribution des terres agricoles par voie de succession *ab intestat*. Il est utile de rappeler brièvement quels étaient les antécédents subjectifs qui ont motivé la législation autrichienne dans cette espèce : celle-ci était animée, selon les allégations du Gouvernement autrichien, par la volonté du *de cuius*, par le lieu de résidence des héritiers et par les relations entre successeurs. C'est donc à l'aune de ces objectifs que la Cour va alors confronter la différence de traitement qui en résulte et la réalité des faits, c'est-à-dire la réalité autrichienne des relations filiales en la matière. Or, il ressort de cette confrontation que le régime successoral réservé aux enfants nés en dehors du mariage, par comparaison à celui réservé aux enfants nés dans le cadre du mariage, ne correspond pas à la situation du requérant dans cette espèce, pas plus qu'à la réalité sociale du monde rural autrichien à cette époque. Comme la haute juridiction européenne le dit elle-même : « la thèse du Gouvernement ne convainc pas plus la

⁸⁹⁹ Pour la suite de l'analyse du raisonnement de la Cour sur ce point dans cette affaire, voir *infra* p. 349.

⁹⁰⁰ Pour l'analyse du raisonnement de la Cour, dans cette affaire, concernant la phase préparatoire à l'évaluation de l'objectivité du traitement : voir *supra* p. 320.

⁹⁰¹ Ainsi, dans l'affaire du *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, le juge a relevé « qu'au sein de l'une des fédérations avec lesquelles l'Office [national suédois des négociations collectives] passe des conventions collectives [...] il existe une section ferroviaire groupant de 75 à 80 % des conducteurs de locomotives et par conséquent plus représentative que le requérant » ; la Cour ajoute dans la foulée que lorsque l'Office a été amené à consulter d'autres syndicats que les organisations syndicales importantes, il s'agissait de « secteurs d'où les grandes fédérations sont absentes. Eu égard à cette donnée de fait, l'attitude de l'Office paraît à la Cour raisonnable et objective ; en l'adoptant, il ne dépasse pas les limites du pouvoir d'appréciation réservé à l'État suédois » (CourEDH, *Syndicat suédois...*, précit., §§ 46-47).

⁹⁰² Pour la suite de l'analyse du raisonnement de la Cour dans cette affaire, voir *infra* p. 351.

⁹⁰³ Voir *supra* p. 320 et p. 334.

Cour que la Commission. Elle s'inspire en majeure partie de considérations générales et abstraites – sur des points tels que les intentions du défunt, le lieu où sont élevés les enfants nés hors mariage et les rapports du conjoint survivant avec ses enfants légitimes – qui peuvent parfois ne pas cadrer avec la situation réelle et ne sauraient justifier pareille règle »⁹⁰⁴. Comme on le voit, la Cour constate une distorsion entre les antécédents subjectifs de la législation autrichienne et ses antécédents objectifs⁹⁰⁵. En résumé, la réglementation autrichienne manque de justification objective.

Dans toutes les hypothèses qui sont ici recensées, la réglementation contrôlée met frontalement en jeu une liberté ou un intérêt juridique garanti par la Convention européenne des droits de l'homme. Il peut cependant arriver qu'en apparence, pour ce qui concerne les effets matériels qu'une législation produit directement, cette dernière n'interfère avec aucune des valeurs que protègent les droits reconnus par la Convention, mais que cela soit le cas de façon dissimulée, pour ce qui concerne les effets matériels que ladite réglementation produit indirectement. Dans une telle hypothèse, le juge européen estime qu'il est alors autorisé à étendre son contrôle en prenant également en compte ces effets indirects. L'exigence d'objectivité comparée découlant du principe de non-discrimination doit donc aussi être satisfaite à ce niveau-là.

B. L'exigence d'une adéquation entre les effets indirects d'un acte étatique et la réalité des circonstances individuelles

Il se peut effectivement que, dans certains cas, le juge européen soit fondé à examiner l'objectivité d'une réglementation, non seulement en considération des effets matériels directement produits par la législation qui lui est déférée, mais également en considération des effets matériels indirectement induits par celle-ci, et soit ainsi amené à reconsidérer chacun des effets produits sous une perspective différente, qui permet de prendre en compte l'ensemble des intérêts en jeu.

Lorsque le juge se trouve engagé dans la recherche de ce que nous proposons de définir comme une *hypothèse simple de discrimination indirecte*, la configuration du contrôle est assez aisée à concevoir.

⁹⁰⁴ CourEDH, *Inze c. Autriche*, précit., § 43.

⁹⁰⁵ « Par exemple, M. Inze fut élevé à la ferme en question et y a travaillé jusqu'à l'âge de 23 ans » (*ibid.*). « Quant à l'argument relatif aux convictions de la population rurale, il traduit simplement les conceptions traditionnelles. Le Gouvernement autrichien lui-même a reconnu l'évolution de la société rurale et prépare un projet de loi qui les prend en compte. Désormais, l'attribution d'une exploitation agricole héréditaire dépendrait de circonstances objectives, notamment la formation à la gestion d'une ferme et le fait d'avoir été élevé dans la propriété dont il s'agit » (*ibid.*, § 44). Une telle réforme « indique cependant que la législation incriminée aurait aussi pu atteindre son but en recourant à d'autres critères que la naissance légitime ou hors mariage » (*ibid.*).

Il faut citer, à cet égard, l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*. Dans cet arrêt, la haute juridiction européenne a été amenée à examiner si certaines dispositions de la législation britannique de 1980 relative à l'immigration au Royaume-Uni, en opérant une distinction entre les postulants en fonction de la nationalité, n'occasionnaient pas une autre distinction, celle-ci à raison de la race.

La Cour a d'abord souligné être, sur ce point, à l'unisson avec la majorité de la Commission, laquelle affirme notamment qu'« accorder un traitement de faveur à ses nationaux, ou aux personnes venant de pays avec lesquels [le Royaume-Uni] a les liens les plus étroits, ne constituerait pas pour autant de sa part une “discrimination raciale” »⁹⁰⁶ et la Cour européenne d'observer que « [les règles en cause] ne renfermaient pas de clause qui distinguât entre des individus ou des groupes sur la base de leur race ou de leur origine ethnique »⁹⁰⁷ ; autrement dit, les seules distinctions établies par la législation en question sont des distinctions fondées sur la nationalité et non sur la race. Le juge n'a cependant pas limité son contrôle à l'examen des seuls effets directs explicitement produits par les dispositions litigieuses.

La Cour est ensuite allée plus loin et s'est attachée aux effets indirects des règles en cause. À ce sujet, elle a rappelé qu'« elles avaient pour but principal de freiner “l'immigration primaire” afin de protéger le marché du travail dans une période de chômage intense »⁹⁰⁸ et a fait remarquer que « l'immigration de masse ainsi visée comprenait principalement des candidats en provenance du Nouveau Commonwealth et du Pakistan. Partant, les règles de 1980 frappaient alors moins de blancs que d'autres gens, mais cela ne constitue pas un motif suffisant pour qu'on leur attribue un caractère raciste : c'est là une conséquence non de leur contenu, mais de la prédominance numérique de certains groupes ethniques parmi les personnes souhaitant immigrer »⁹⁰⁹. Ce qui est une manière de dire que la

⁹⁰⁶ CourEDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, précit., § 85.

⁹⁰⁷ *Ibid.*

⁹⁰⁸ *Ibid.*

⁹⁰⁹ *Ibid.* Pour être tout à fait précis, il convient de faire remarquer que le juge européen poursuit son raisonnement de la façon suivante : « la Cour en déduit que lesdites règles ne créaient pas de distinction – ni donc de discrimination – fondée sur la race » (*ibid.*). Ce raisonnement joue avec l'ambiguïté du verbe “créer” (laissant entendre, soit “opérer lui-même”, soit “engendrer par ailleurs”) et se contredit lui-même (car s'il faut comprendre le verbe “créer” comme un synonyme de “engendrer indirectement”, il est alors impossible de soutenir qu'il n'existe aucune différence selon l'origine ethnique, puisque le juge concède lui-même que la législation frappait moins les blancs ; de la même manière, s'il faut comprendre ce même verbe comme un synonyme de “opérer directement”, il est inexact d'affirmer que l'absence de distinction se « déduit » du paragraphe qui vient de constater la différence susmentionnée). En vérité, la Cour n'ose pas affirmer formellement que cette différence indirecte de traitement possède une justification adéquate ; mais elle le laisse entendre. Pourquoi cela ? Parce que la Cour a du mal à concevoir qu'une distinction selon l'origine ethnique, même indirecte et involontaire comme en l'espèce, puisse reposer sur une justification objective et raisonnable, comme c'est pourtant le cas en l'occurrence. Contrairement à l'opinion répandue, un critère n'est jamais discriminatoire par lui-même, *per se* ; c'est la finalité poursuivie et la réalité objective qui en font, ou non, un critère inégalitaire, donc inacceptable. Cette espèce, répétons-le, en est la preuve : la législation créait indirectement bel et bien une différence de traitement à raison de la race qui possédait une explication objective et raisonnable.

différence indirecte de traitement, selon l'origine ethnique des postulants au regroupement familial, reposait sur une justification appropriée, autrement dit elle possédait – elle aussi – une justification objective et raisonnable. La Cour en a déduit que lesdites règles n'engendraient pas de discrimination fondée sur la race ; comme le dit la Commission : « la conséquence pratique des règles du Royaume-Uni ne les entacherait pas de pareil vice »⁹¹⁰.

Lorsque le juge est conduit à rechercher ce que nous suggérons de désigner comme une *hypothèse complexe de discrimination indirecte*, la configuration du contrôle est relativement subtile.

L'évaluation de l'objectivité d'un traitement corrélant des effets directs identiques et des effets indirects différents peut se faire suivant deux angles d'attaque : soit en partant des effets directs de l'acte contrôlé, soit en partant de ses effets indirects. Quel que soit le point de départ choisi, le résultat est au final le même : il s'agit, dans les deux cas, d'évaluer l'objectivité dudit traitement au regard de l'ensemble des valeurs juridiques en jeu ; ce qui implique un certain "décalage" de la perspective habituelle de jugement. En conséquence, il convient d'étudier respectivement les deux approches envisageables lorsqu'il s'agit d'appréhender un traitement corrélant des effets directs similaires et des effets indirects dissimilaires, afin d'évaluer son caractère objectif.

Lorsque ce sont les effets indirects de l'acte contrôlé qui sont pris comme point de départ du jugement d'objectivité – autrement dit, lorsque l'attention se porte prioritairement sur la catégorisation indirectement générée par l'acte examiné – la méthodologie du contrôle est la suivante : exiger qu'un tel traitement soit objectif, c'est exiger qu'au regard du but poursuivi par la loi nationale en cause, la spécificité des effets juridiques que la législation engendre indirectement dans le chef d'un individu A, par comparaison à la spécificité des effets juridiques qu'elle induit indirectement à l'égard d'un individu B, corresponde à la spécificité de la situation factuelle dans laquelle se trouve cet individu A, par comparaison à la spécificité de la situation factuelle dans laquelle se trouve l'individu B. Sous cette perspective, le but de la loi n'est plus mis en lien avec ses effets directs, il est rapporté à ses effets indirects⁹¹¹. La question qui se pose alors est de savoir si le but que la législation litigieuse cherche directement et explicitement à atteindre est également en mesure de justifier la catégorisation des sujets de droit indirectement et implicitement engendrée⁹¹² par la règle examinée ; et non plus celle qu'elle opérerait directement et explicitement.

⁹¹⁰ Position de la Commission résumée par la Cour : CourEDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, précit., § 84.

⁹¹¹ Autrement dit, la législation en cause doit, au regard du but qu'elle cherche à atteindre, mais à l'occasion des effets qu'elle produit indirectement, pouvoir être qualifiée d'objective. Sous cette perspective, le but de la loi n'est plus rapporté à ses effets directs, mais à ses effets indirects.

⁹¹² Cette mise en rapport, par le juge, du but de la loi et des effets qu'elle induit indirectement en interférant avec une autre valeur que celle qu'elle régit directement signifie nécessairement que ce juge accorde un poids – en plus de celui qu'il accorde à la valeur à laquelle la loi fait référence – à la valeur qui permet de prendre en compte de tels effets indirects.

Lorsque ce sont les effets directs de l'acte contrôlé qui sont pris comme point de départ du jugement d'objectivité – autrement dit, lorsque l'attention se porte prioritairement sur la catégorisation directement opérée par la réglementation examinée – ces effets directs sont mis en relation avec un objectif qui, cette fois, est double : il ne s'agit plus seulement de la finalité que poursuit la législation en cause, c'est-à-dire du but de la loi, mais également de celle que renferme le droit à l'intérieur duquel ladite législation interfère, c'est-à-dire – dans le système européen de sauvegarde des droits de l'homme – de l'objet que protège la liberté conventionnelle concernée. Ici, la méthodologie du contrôle est donc la suivante : il faut qu'au regard de cette double finalité, la spécificité des effets juridiques que la loi produit directement dans le chef d'un individu A, par comparaison à la spécificité des effets juridiques qu'elle produit directement à l'égard d'un individu B, corresponde à la spécificité de la situation factuelle dans laquelle se trouve cet individu A, par comparaison à la spécificité de la situation factuelle dans laquelle se trouve l'individu B. Sous cette perspective, les effets directs ne sont plus mis en lien avec le seul but de la loi nationale, mais également avec l'objectif que renferme la liberté conventionnelle concernée. Le jugement d'objectivité s'opère donc au regard d'un double objectif, conciliant ainsi en son sein les deux valeurs susmentionnées.

Comme cela a déjà pu être relevé⁹¹³, la Cour européenne des droits de l'homme a été confrontée à une hypothèse complexe de discrimination indirecte dans la très importante affaire *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000. Il faut brièvement rappeler les termes du problème ; la question qui se posait alors à la Cour se présentait ainsi : la législation hellène réglementant l'accès à la profession d'expert-comptable – laquelle a directement (et explicitement) pour effet de catégoriser les individus en fonction du type d'infraction, et a indirectement (et donc implicitement) pour effet de les catégoriser en fonction du type de croyance religieuse – possédait-elle un fondement objectif ? En d'autres termes, si l'on s'en tient pour ainsi dire aux apparences, c'est-à-dire aux seuls effets que la réglementation contrôlée a directement (et explicitement) voulu produire, celle-ci n'établissait aucune différence de traitement selon la nature des croyances religieuses, mais selon la nature de l'infraction⁹¹⁴. Cependant, si l'on va, comme l'a fait la juridiction européenne, au-delà des

⁹¹³ Pour l'analyse de l'étape préparatoire à la phase d'évaluation de l'objectivité du traitement dans cette affaire : voir *supra* p. 324 (ou, pour un aperçu général des faits et des enjeux de cette affaire, voir aussi p. 262).

⁹¹⁴ Une remarque très importante à ce propos : si la Cour s'était contentée de juger l'objectivité de la loi hellène en se limitant aux seuls effets directement et explicitement produits, sans faire intervenir le problème de ses effets indirects et implicites, le juge de Strasbourg aurait inmanquablement été amené à constater que la législation reposait sur un fondement objectif. Or, nous l'avons montré, le constat d'un effet indirect d'une loi dans le champ d'un droit que protège la Convention autorise le juge à reconsidérer, pour ainsi dire, les effets directs d'une loi, non plus seulement au regard du but de la loi, mais aussi du "but" du droit conventionnel en cause. Autrement dit, si le juge avait opéré son jugement concernant les effets directs de la loi grecque, à l'aune du seul but auquel se réfère la loi, sans faire intervenir la question de la liberté de conscience, le juge aurait certainement dû conclure à l'objectivité de la législation grecque. En effet, dès lors que le requérant avait effectivement été condamné à une infraction qui, en Grèce, avait la gravité du crime ; dès lors qu'une infraction qui a cette gravité-là ne constitue pas un indice déraisonnable pour évaluer la probité d'un candidat ; et dès lors, enfin, que la Cour affirmait qu'elle « pren[ait] note de l'argument du gouvernement selon lequel les personnes

apparences, en prenant en compte les effets que la réglementation litigieuse générerait indirectement (et implicitement), la législation dont il s'agit engendrerait une différence de traitement fondée sur la nature des croyances religieuses.

Le juge européen ayant statué dans cette affaire *Thlimmenos* avait à sa disposition deux méthodes de contrôle, deux moyens pour arriver à un même résultat. Il avait le choix du point de départ de son raisonnement : soit partir des effets indirects de l'acte contrôlé (ci-après énoncée "méthode n° 1"), soit partir de ses effets directs (ci-après énoncée "méthode n° 2"). Comme on le sait, le juge européen a plutôt retenu cette deuxième option. Cependant, avant d'examiner la méthodologie de contrôle qui, dans les faits, a réellement été suivie par la Cour (la méthode n° 2, donc), il est utile – pour une pleine compréhension de ce type très complexe de discrimination indirecte – d'envisager l'alternative qu'en l'espèce, il lui eût été possible de suivre (à savoir, la méthode n° 1).

Méthode n° 1. Le juge européen aurait, en effet, pu procéder à l'examen de l'objectivité du traitement qui lui était soumis, *en partant des effets indirects* de la législation incriminée, à l'instar de la méthode de contrôle habituellement suivie par la Cour de justice des Communautés européennes en matière de discrimination indirecte⁹¹⁵. Il aurait ainsi pu interroger, en tant que telle, l'objectivité de cette différence indirecte de traitement fondée sur les convictions religieuses⁹¹⁶. En effet, la Cour aurait pu se poser la question suivante : eu égard à la réalité des circonstances individuelles des uns et des autres, cette différence indirecte de traitement était-elle objectivement justifiée du point de vue du but de la loi en cause ? Concrètement, est-ce que la distinction indirectement générée entre, d'une part, les

qui refusent de servir leur pays doivent être punies en conséquence » (*ibid.*, § 47) ; la juridiction européenne aurait inmanquablement dû aboutir à la conclusion que le traitement était objectif, en ce sens qu'il était en adéquation avec la situation du requérant. Telle aurait pu être la solution retenue si le juge s'était arrêté aux seuls effets matériels directement produits par la législation en question et examinées à l'aune du but poursuivi par la loi. Mais tel n'a pas été le cas, ce qui est bien la preuve que les effets directs de la législation hellène ont été examinés à l'aune d'une autre finalité que la simple exigence de probité morale, ils l'ont également été à l'aune de l'exigence de la liberté de conscience.

⁹¹⁵ Sur cette question voir notamment : K. Lenaerts, « L'égalité de traitement en droit communautaire – Un principe unique aux apparences multiples », *CDE* 1991, pp. 3-41, notamment pp. 12-17 ; R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, pp. 383-392 ; P. Garrone, « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *RTDH* 1994, pp. 425-449. Au terme de son étude sur la discrimination indirecte en droit communautaire, cet auteur conclut la systématisation qu'il propose sur ce sujet en affirmant que « la distinction indirecte est discriminatoire, à moins que la preuve du contraire ne soit apportée. Cette preuve peut être fournie de deux manières : a) la mesure en cause ne constitue pas une inégalité, car elle traite de façon similaire des situations similaires ou de façon différente des situations différentes, sans tenir nullement compte du critère prohibé ; b) la mesure ne constitue pas une discrimination au sens étroit, car elle vise un objectif légitime et lui est proportionnée » (p. 448).

⁹¹⁶ Comme elle le dit elle-même : « la Cour constate que le requérant n'a pas été nommé expert-comptable en raison de sa condamnation passée pour avoir refusé de porter l'uniforme. Il a donc été traité différemment des autres candidats à ce poste parce qu'il se trouvait dans la situation d'une personne condamnée » (*ibid.*, § 41).

candidats pour lesquels la législation impliquait une réduction de leur liberté de conscience⁹¹⁷ et, d'autre part, les candidats pour lesquels ladite législation n'impliquait aucune réduction de leur liberté de conscience⁹¹⁸, est-ce que cette distinction-là repose sur un fondement objectif, au regard du but de la loi contrôlée, qui est de préserver l'honnêteté de la profession d'expert-comptable ? Or la réponse à cette seule question reste ouverte : elle aurait très bien pu être, soit négative, soit positive. Pourquoi n'était-elle pas inévitablement négative ? Parce que ce dont on est sûr en l'espèce, c'est uniquement du résultat final : aux yeux de la Cour, le traitement subi par le requérant *Thlimmenos* constitue une discrimination. Ce que l'on ne saura jamais en revanche, c'est le point suivant : aurait-elle considéré que la différence indirecte de traitement susmentionnée est discriminatoire parce qu'elle a manqué à l'exigence d'objectivité ou bien parce qu'elle a manqué à l'exigence de proportionnalité ? En d'autres mots, y a-t-il eu discrimination parce la différence indirecte de traitement ne correspondait à aucune différence objective de situation (ci-après signalée "méthode n° 1, hypothèse α ") ? Ou bien y a-t-il eu discrimination parce la différence indirecte de traitement correspondait, certes, à une différence objective de situation, mais cette différence de traitement était excessive, c'est-à-dire disproportionnée (ci-après désignée "méthode n° 1, hypothèse β ") ? Dès lors que la Cour n'a pas formalisé son contrôle ainsi, il est impossible de savoir à quel stade la discrimination serait intervenue. Il faut donc passer en revue les deux hypothèses, lesquelles sont aussi plausibles l'une que l'autre.

Méthode n° 1, hypothèse α . La Cour aurait très bien pu juger qu'une telle distinction n'était pas objective, car elle n'était pas en adéquation avec la situation du requérant, par comparaison avec celle qui caractérise les autres candidats. La Cour aurait très bien pu juger que, dans la mesure où la nature des convictions religieuses ou philosophiques ne pousse pas l'individu qui y adhère à commettre des actes qui se caractérisent par la « malhonnêteté » ou la « turpitude morale » (pour reprendre des expressions qu'emploie la Cour), la question des convictions religieuses devait rester sans incidence sur la capacité d'accéder à la fonction d'expert-comptable. En d'autres termes, du point de vue de la nécessité de préserver la probité d'une telle profession, les candidats qui ont été "objecteurs de conscience" à l'égard du service militaire n'ont pas été dans une situation essentiellement dissemblable par comparaison aux autres candidats qui, quant à eux, ne sont pas objecteurs de conscience à l'égard de l'armée⁹¹⁹ ; et pourtant, quant à la question de l'exercice de la liberté religieuse, les

⁹¹⁷ Dans la mesure où elle place indirectement les candidats qui sont "objecteurs de conscience" dans la situation de devoir agir en contradiction avec leur croyance. Autrement dit, cette réglementation a pour conséquence qu'afin d'accéder à la profession d'expert-comptable, les personnes qui sont "objecteurs de conscience" ont nécessairement dû renoncer à leurs convictions religieuses en effectuant un service militaire.

⁹¹⁸ Dans la mesure où elle ne place pas les autres candidats, ceux qui ne sont pas "objecteurs de conscience", dans la situation de devoir agir en contradiction avec leur croyance. Autrement dit, elle a pour conséquence qu'afin de accéder au métier d'expert-comptable, ceux-ci ne sont pas obligés de renoncer à leurs convictions religieuses.

⁹¹⁹ Nous réunissons à l'intérieur de cette catégorie des candidats qui ne sont pas objecteurs de conscience, deux types de postulants : d'une part, les candidats qui peuvent "légitimement" être nommés experts-comptables (autrement dit, ceux que leurs convictions religieuses n'encouragent pas à commettre des infractions qui sont

premiers ont indirectement été traités différemment par rapport aux seconds. Or, une telle différence de traitement de situations essentiellement semblables forme une discrimination contraire à l'article 14 combiné à l'article 9 de la Convention. Le juge n'a certes pas formalisé son contrôle ainsi ; mais, la méthode de contrôle qu'il a décidé de suivre dans cette affaire a, en définitive, abouti exactement au même résultat.

Méthode n° 1, hypothèse β. Certains indices du raisonnement de la Cour peuvent cependant laisser penser que la Cour aurait aussi pu considérer que ce n'est pas à ce stade-là qu'intervenait la discrimination, mais au stade ultérieur, celui de la proportionnalité. Dans ce cas de figure, la Cour aurait très bien pu avoir le raisonnement suivant : compte tenu du fait que la nature des convictions religieuses ou philosophiques peut pousser les individus y adhérant à commettre des actes qui, sans être complètement déloyaux, demeurent tout de même considérés par la législation interne comme des infractions graves, la question des convictions religieuses peut éventuellement avoir une incidence sur la capacité d'accéder à la fonction d'expert-comptable⁹²⁰ ; autrement dit, la différence indirecte de traitement selon la nature des croyances religieuses repose bien sur des données objectives, elle est en rapport avec une différence de situation. Du point de vue de la nécessité de préserver la loyauté d'une telle profession, les candidats qui ont été "objecteurs de conscience" à l'égard du service militaire sont dans une situation dissemblable par comparaison aux autres candidats qui ne sont pas "objecteurs de conscience" à l'égard de l'armée⁹²¹. Cependant, la Cour aurait alors

juridiquement graves dans l'échelle des infractions et moralement malhonnêtes au sens de cet arrêt, de sorte qu'ils peuvent devenir experts-comptables sans que leur liberté de conscience soit entamée) ; et, d'autre part, aussi, les candidats qui ne le peuvent "légitimement" pas (1/ soit parce que les infractions juridiquement graves et moralement malhonnêtes qu'ils auraient été amenés à commettre ne résultent d'aucune conviction religieuse ou philosophique, de sorte que la liberté de religion de ces personnes n'est pas engagée et reste donc intacte ; 2/ soit parce les infractions juridiquement graves et moralement malhonnêtes qu'ils auraient été amenés à réaliser découleraient bien d'une croyance de ce type, mais ne bénéficieraient bien évidemment pas de la protection du droit de manifester sa religion, lequel ne couvre pas les agissements qui sont non seulement graves mais aussi malhonnêtes, de sorte que la liberté de religion reste chez ces personnes également inentamée). La mention de cette dernière catégorie de personnes est très importante car elle prouve que la catégorisation des sujets de droit directement opérée par la législation grecque (en fonction de la nature ou de la gravité de l'infraction) ne recoupe pas la catégorisation des sujets de droit indirectement engendrée par la législation (selon la nature des croyances religieuses).

⁹²⁰ « La Cour prend note de l'argument du gouvernement selon lequel les personnes qui refusent de servir leur pays doivent être punies en conséquence » (CourEDH, *Thlimmenos*, précit., § 47).

⁹²¹ Répétons que nous regroupons à l'intérieur de cette catégorie des candidats qui ne sont pas objecteurs de conscience, deux types de postulants : d'une part, les candidats qui peuvent "légitimement" être nommés experts-comptables (autrement dit, ceux dont les convictions religieuses ne les encouragent pas à commettre des infractions qui sont juridiquement graves dans l'échelle des infractions et moralement malhonnêtes au sens de cet arrêt, de sorte qu'ils peuvent devenir experts-comptables sans que leur liberté de conscience soit entamée) ; et, d'autre part, aussi, les candidats qui ne le peuvent "légitimement" pas (1/ soit parce que les infractions juridiquement graves et moralement malhonnêtes qu'ils auraient été amenés à commettre ne résultent d'aucune conviction religieuse ou philosophique, de sorte que la liberté de religion de ces personnes n'est pas engagée et reste donc intacte ; 2/ soit parce les infractions juridiquement graves et moralement malhonnêtes qu'ils auraient été amenés à réaliser découleraient bien d'une croyance de ce type, mais ne bénéficieraient bien évidemment pas de la protection du droit de manifester sa religion, lequel ne couvre pas les agissements qui sont non seulement graves mais aussi malhonnêtes, de sorte que la liberté de religion reste chez ces personnes également inentamée). Réitérons que la mention de cette dernière catégorie de personnes est très importante car elle prouve que la

inévitablement jugé que cette différence de traitement – bien que fondée sur des données objectives au regard du but poursuivi – est d’une ampleur excessive ou disproportionnée⁹²², et donc discriminatoire ; nous aurons l’occasion d’y revenir. Quoi qu’il en soit, ce n’est pas ce mode de contrôle qui a expressément été emprunté, mais il aboutit exactement au même résultat que celui formellement suivi.

Méthode n° 2. La haute juridiction européenne a, en effet, préféré l’autre angle d’attaque, consistant à évaluer l’objectivité du traitement qui lui était soumis *en partant de ses effets directs*, et ainsi à interroger l’objectivité de l’identité directe de traitement fondée sur le critère de la nature de l’infraction. La Cour européenne s’est, en substance, posé la question suivante : eu égard à la réalité des circonstances individuelles des uns et des autres, cette identité directe de traitement était-elle objectivement justifiée du point de vue d’un double objectif, celui que poursuivait la législation en cause et celui que renfermait la liberté conventionnelle à l’intérieur de laquelle ladite législation interférait ? Concrètement, est-ce que l’identité de traitement, par la loi grecque, de tous les candidats convaincus de crime, quels que soient les faits constitutifs d’une telle infraction (rappelons que la loi en cause a pour effet d’exclure les candidats concernés de la profession d’expert-comptable) est-ce que cette uniformité de traitement là repose sur un fondement objectif, au regard de la double exigence de droiture morale et de liberté de conscience des candidats ? La Cour a jugé qu’une telle identité de traitement n’était pas objective, car elle n’était pas en adéquation avec la réalité de la situation du requérant, par comparaison avec celle qui caractérise les autres candidats⁹²³.

catégorisation des sujets de droit directement opérée par la législation grecque (en fonction de la nature ou la gravité de l’infraction) ne recoupe pas la catégorisation des sujets de droit indirectement engendrée par la législation (selon la nature des croyances religieuses).

⁹²² « Toutefois, elle relève également que le requérant a purgé une peine d’emprisonnement pour avoir refusé de porter l’uniforme. Dans ces conditions, la Cour estime qu’infliger une autre sanction à l’intéressé était disproportionné » (*ibid.*, § 47).

⁹²³ Le Conseil d’État et le Conseil constitutionnel français dénie au principe d’égalité la capacité à remettre en cause un traitement identique (pour un exposé du problème : G. Pellissier, *Le principe d’égalité en droit public*, Paris, 1996, LGDJ, pp. 31-34). Ainsi, lorsqu’un acte administratif ou législatif ne fait pas de distinctions entre les situations qu’il embrasse, l’invocation d’une différence de situation, afin d’obliger les autorités publiques à la prendre en considération au nom du principe d’égalité, n’est pas recevable (par exemple, la fixation d’un prix unique pour un même produit sans tenir compte des conditions d’exploitation différentes dans lesquelles sont placés les fabricants, et qui font que pour certains d’entre eux la norme aura des conséquences déplorables : Conseil d’État, 22 mars 1950, *Société des ciments français*, Recueil Lebon, p. 175 ; plus récemment, l’arrêt d’assemblée *Société Baxter* rendu en 1997 confirme cette position (CE Ass. 28 mars 1997, *Recueil Lebon* p. 114 ; *RFDA* 1997, p. 458, conclusions J.-C. Bonichot, p. 450, observations, F. Melin-Soucramanien, p. 460). En effet, « le contrôle de la conformité d’une loi ou d’un acte administratif au regard du principe d’égalité est subordonné par le juge constitutionnel comme par le juge administratif à l’existence d’une différence de traitement dans l’acte attaqué » (G. Pellissier, *op. cit.*, p. 31). En bref, il est possible de contredire un traitement différent, mais il n’est pas possible de contredire un traitement identique. Le Conseil constitutionnel ne sous-entend pas autre chose lorsqu’il affirme que « le principe d’égalité impose seulement qu’à des situations semblables soient appliquées les mêmes règles » (Conseil Constitutionnel, 80-128 DC du 21 janvier 1981, *Travail à temps partiel*, *Recueil* p. 29). Ce constat peut cependant être relativisé. Certaines décisions du Conseil constitutionnel sont assez ambiguës (G. Pellissier se réfère à une décision de 1994 : Conseil Constitutionnel, 93-329 DC du 13 janvier 1994, *Loi relative aux conditions de l’aide aux investissements des établissements*

Tout le jugement *in concreto* de la Cour dans l'arrêt *Thlimmenos* se joue dans un seul paragraphe, et de manière plus concise encore, dans ses deux premières phrases, qui sont les suivantes : « la Cour estime qu'en principe, les États ont un intérêt légitime à exclure certains délinquants de la profession d'expert-comptable. Toutefois, elle considère par ailleurs que, contrairement à des condamnations pour d'autres infractions majeures, une condamnation consécutive à un refus de porter l'uniforme pour des motifs religieux ou philosophiques ne dénote aucune malhonnêteté ou turpitude morale de nature à amoindrir les capacités de l'intéressé à exercer cette profession. L'exclusion du requérant au motif qu'il n'avait pas les qualités requises n'était donc pas justifiée »⁹²⁴. Comme on peut le constater, l'examen de l'objectivité de l'identité de traitement en cause dans cette affaire s'est fait au regard d'un point de vue qui n'est pas seulement celui de l'objectif que la loi cherche à atteindre, mais aussi celui de l'objectif que renferme le droit conventionnel concerné. En clair, l'identité de traitement a été interrogée à l'aune des exigences, et de droiture morale, et de liberté de conscience des candidats. Ce n'est, en effet, pas un hasard si l'on retrouve ces deux valeurs dans les prémisses de la démonstration du juge. Il ressort en effet du raisonnement de la Cour que « les États ont un intérêt légitime à exclure certains délinquants de la profession d'expert-comptable » et que cet intérêt réside dans la volonté de ne pas intégrer dans les rangs de la profession en question des personnes qui se caractérisent par leur « malhonnêteté » ou leur « turpitude morale ». Il ressort cependant également de l'argumentation de la Cour que ce n'est pas la seule valeur à prendre en compte pour juger de la pertinence de la législation, puisqu'elle se réfère par ailleurs dans le même temps « aux motifs religieux ou philosophiques » de l'acte qui est à l'origine de l'impossibilité, pour le requérant, d'accéder à la profession d'expert-comptable. Bien qu'elle ne soit qu'indirectement mise en cause par la législation en question, il s'agit là d'une valeur qui est pourtant prise en compte – mais à un titre complémentaire – pour évaluer l'objectivité de la catégorisation directement opérée par ladite réglementation. De fait, l'objectivité du traitement ne s'apprécie pas seulement en fonction de l'exigence de probité des candidats, mais aussi de celle de la préservation de leur liberté de conscience. On comprend alors aisément qu'au regard de ces deux objectifs, le juge ait estimé que le régime juridique assigné au requérant – qui est le même que celui réservé à tout autre personne reconnue coupable de crime – n'était pas en adéquation avec la situation individuelle dans laquelle il se trouvait. On conçoit dès lors que la Cour ait jugé que « l'exclusion du requérant au motif qu'il n'avait pas les qualités requises n'était donc pas justifiée ».

d'enseignement privé par les collectivités territoriales, RFDA., 1994, n° 2, p. 209, note B. Genevois ; depuis, il est possible d'y ajouter la récente décision *éco-taxe* : Conseil constitutionnel, 2000-441 DC du 28 décembre 2000. Dans cette dernière affaire, le juge constitutionnel reproche au législateur, sans néanmoins le formuler littéralement comme tel, de ne pas avoir distingué lorsque, d'une part, il établit les modalités de calcul de l'assiette de la taxe en cause et, d'autre part, lorsqu'il y assujettit l'électricité. Quant au Conseil d'État, on a pu montrer que ce refus de principe du contrôle d'un traitement identique est parfois contourné par le biais de la technique de l'erreur manifeste d'appréciation (voir J.-M. Gallardo, « La garantie indirecte du droit à un traitement différent dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA* 2003 pp. 219-222).

⁹²⁴ *Ibid.*

En d'autres termes, du point de vue de la grille de lecture que constitue ce double objectif, la réalité des circonstances individuelles dans lesquelles se trouvent les candidats au poste d'expert-comptable en Grèce se présente ainsi : d'un côté, il y a les candidats qui, bien que condamnés à une infraction ayant la gravité du crime, l'ont été pour des actes qui ne traduisent aucune malhonnêteté de leur part, mais découlent au contraire de l'exercice de leur liberté de conscience ; de l'autre, il y a les candidats qui ont non seulement été condamnés à une infraction ayant la gravité du crime, mais l'ont en outre été pour des actes qui traduisent une malhonnêteté ou turpitude morale de leur part et ne sont, à ce titre, pas couverts par la liberté de conscience. En bref, ces deux types de situation sont essentiellement dissemblables ; elles ont pourtant été traitées de manière identique. Ce faisant, la législation hellène n'était pas en adéquation avec la réalité de la situation factuelle du requérant, et contrevenait ainsi à l'obligation d'objectivité, telle qu'elle découle du principe de non-discrimination garanti par la Convention européenne des droits de l'homme. Une telle identité de traitement de situations essentiellement dissemblables forme une discrimination contraire à l'article 14 combiné à l'article 9 de la Convention⁹²⁵. Comme la Cour l'affirme elle-même : « la Cour considère que le refus de traiter le requérant différemment des autres personnes reconnues coupables d'un crime n'avait aucune justification objective et raisonnable »⁹²⁶. Ou comme la haute juridiction européenne le dit encore : l'État hellène, « en adoptant la législation pertinente sans introduire les exceptions appropriées à la règle excluant de la profession d'expert-comptable les personnes convaincues d'un crime, a enfreint le droit du requérant de ne pas subir de discrimination dans la jouissance de son droit au regard de l'article 9 de la Convention. Partant, la Cour conclut qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 9 »⁹²⁷.

En résumé, dans cette affaire *Thlimmenos*, ayant trait à une législation qui corrèle des effets directs et indirects, la Cour pouvait appréhender la question de l'objectivité du traitement subi par le requérant suivant deux angles d'attaque qui se valent l'un l'autre. Si le contrôle du respect de l'obligation d'objectivité s'opère en s'attachant prioritairement aux effets matériels indirectement induits par la législation examinée, celle-ci a indirectement pour effet de traiter de façon différente des situations essentiellement semblables, formant

⁹²⁵ Alors que la Commission a conclu, par vingt-deux voix contre six, qu'il y a eu, en l'espèce, violation de l'article 14 combiné avec l'article 9 (ComEDH, *Thlimmenos c. Grèce.*, 4 décembre 1998, § 66) ; la Cour est parvenue à ce même constat à l'unanimité de la Grande Chambre.

⁹²⁶ *Ibid.*, § 47 *in fine*.

⁹²⁷ *Ibid.*, § 48 *in fine*. De la même manière qu'elle avait, presque mot pour mot, reproduit l'attendu de principe de la Commission, la Cour s'est ici aussi inspirée de la motivation rédigée par la Commission, qui se présente comme suit : « Dans les circonstances de l'espèce, la Commission ne relève aucune justification objective et raisonnable du fait que les rédacteurs des règles régissant l'accès à la profession d'expert-comptable n'aient pas traité différemment les personnes condamnées pour avoir refusé de servir dans l'armée pour des motifs religieux et les personnes condamnées pour d'autres infractions majeures. En n'établissant pas pareille distinction, c'est-à-dire en n'introduisant pas d'exception à la règle excluant de la profession d'expert-comptable les personnes reconnues coupables d'infractions majeures, les rédacteurs de ces règles ont porté atteinte au droit du requérant de jouir du droit de manifester sa religion sans être soumis à discrimination » ; ComEDH, *Thlimmenos c. Grèce*, 4 décembre 1998, § 50, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-IV, pp. 328-329.

ainsi une discrimination contraire au principe d'égalité⁹²⁸. Si, en revanche, le contrôle du respect de l'obligation d'objectivité s'opère en s'attachant prioritairement aux effets matériels directement produits par la législation examinée, celle-ci a directement pour effet de traiter de façon identique des situations essentiellement dissemblables, formant également une discrimination contraire au principe d'égalité⁹²⁹.

Un traitement identique de situations essentiellement dissemblables depuis un certain point de vue équivaut à un traitement différent de situations essentiellement semblables depuis un autre point de vue⁹³⁰. C'est là une question capitale, tant au niveau conceptuel qu'au niveau pratique, qu'il nous importait de démontrer dans le cadre de ce travail.

Section 2. L'obligation de raisonnabilité

L'obligation d'un « rapport raisonnable de proportionnalité » constitue le second moment de la concrétisation du principe d'égalité.

Ce qui est exigé, c'est l'absence de disproportion ; l'absence de disproportion d'un rapport, en effet, mais d'un rapport bien précis : un rapport de comparaison ; et plus exactement, un rapport de comparaison entre l'étendue d'une liberté accordée aux uns et l'étendue de cette même liberté octroyée aux autres. L'égalité commande donc que le rapport de comparaison entre le traitement dont jouissent telles personnes et celui dont bénéficient telles autres personnes se caractérise par une absence de disproportion, soit qu'il n'existe entre elles aucun écart de liberté⁹³¹, soit que cet écart n'est pas déraisonnable⁹³².

⁹²⁸ Autrement dit, pour ce qui concerne l'intérêt juridique qui est indirectement régi (à savoir la liberté religieuse), la législation hellène a nié la similarité de la situation du requérant.

⁹²⁹ Autrement dit, pour ce qui concerne l'intérêt juridique qui est directement régi (à savoir la possibilité d'accès à la profession d'expert-comptable), la législation hellène a nié la singularité de la situation du requérant.

⁹³⁰ Pour former une discrimination, encore faut-il que cette différence de traitement soit disproportionnée : voir *infra* la suite du processus de concrétisation de l'obligation de non-discrimination dans cette affaire *Thlimmenos*, p 353.

⁹³¹ Autrement dit, l'étendue de liberté dont profitent A et B est identique ; en d'autres termes, le traitement identique est objectif, c'est-à-dire qu'il s'agit d'un traitement identique de situations essentiellement semblables ; un tel traitement satisfait, par lui-même, au principe de proportionnalité, puisqu'il n'introduit aucun écart de liberté. Cette question est donc réglée en même temps que le constat de l'objectivité du traitement.

⁹³² Autrement dit, l'étendue de liberté dont jouissent A et B n'est pas identique ; en d'autres termes, le traitement différent est objectif, c'est-à-dire qu'il s'agit d'un traitement différent de situations essentiellement dissemblables ; dans ce cas-là, il faut encore qu'un tel traitement satisfasse au principe de proportionnalité ; autrement dit, il est indispensable qu'un tel écart de liberté ne soit pas déraisonnable. C'est dans cette seconde hypothèse que le réquisit d'un rapport raisonnable de proportionnalité fait l'objet d'un examen séparé en tant que tel.

Cette exigence d'un rapport raisonnable de proportionnalité doit être satisfaite, dans tous les cas, au niveau des effets directement produits par l'acte en cause (§ 1), mais aussi, le cas échéant, au niveau des effets indirectement produits par celui-ci (§ 2).

§ 1. L'interdiction d'une différence disproportionnée (ou déraisonnable) de traitement dans les effets directs d'un acte étatique

Comment comprendre cette seconde exigence d'un « rapport raisonnable de proportionnalité »⁹³³ ? Comme un impératif qui touche précisément à un rapport entre deux étendues d'une même liberté chez les uns et chez les autres, et comme un rapport qui doit se caractériser par une absence de disproportion.

Cette idée se trouve assez bien exprimée dans l'arrêt *Syndicat national de la police belge* du 27 octobre 1975, lequel intéressait la question de savoir si le syndicat requérant était, ou non, victime d'une discrimination dans l'exercice de la liberté syndicale, du fait de ne pas avoir été entendu par les autorités publiques, à la différence d'autres organisations professionnelles, qui avaient été consultées. Pour répondre à cette interrogation, la Cour utilise cette formule – que nous avons déjà eu l'occasion de relever – indiquant qu'elle doit « rechercher si le désavantage que les membres du requérant subissent par rapport aux adhérents des syndicats consultés [...] se justifie non seulement dans son principe, mais aussi dans son étendue »⁹³⁴. Il convient de s'attarder ici sur cette dernière idée, à savoir que l'article 14 de la Convention a précisément et principalement traité à « l'étendue de la jouissance des droits et libertés ». Comme l'a également dit la Commission dix ans plus tôt : l'article 14 de la Convention « a traité aux modalités ou à l'étendue de la jouissance des droits et libertés énumérés »⁹³⁵ par le traité européen. Pour l'énoncer de manière quelque peu inélégante, mais assez expressive : en matière d'égalité, il s'agit toujours de comparer la « quantité » de liberté dont bénéficie telle personne et la « quantité » de liberté dont jouit telle autre personne.

Or, cette comparaison doit déboucher sur l'alternative suivante. Soit il n'existe aucun écart entre la liberté accordée aux uns par comparaison à celle octroyée aux autres ; il n'y a, par définition, aucune différence de traitement, aucune disproportion. Soit il existe un écart entre la liberté dont bénéficient les uns par comparaison à celle dont jouissent les autres, mais celui-ci ne doit pas être disproportionné ; la différence de traitement doit rester raisonnable. Voilà l'autre idée sur laquelle il est important d'insister : l'obligation d'un rapport raisonnable de proportionnalité est une exigence qui a pour objet de maintenir la différence dans des

⁹³³ CourEDH, *Affaire linguistique belge*, 23 juillet 1968, *Série A* n° 6, p. 34.

⁹³⁴ CourEDH, *Syndicat national de la police belge*, 27 octobre 1975, § 49.

⁹³⁵ Cité par la Cour in CourEDH, *Affaire linguistique belge*, précit., p. 28.

proportions raisonnables. La motivation rédigée au soutien des arrêts *Gillow* du 24 novembre 1976 et *James et autres* du 26 février 1986 est tout à fait éclairante à cet égard. Ces affaires comportaient, toutes deux, des griefs relatifs à une différence de traitement entre propriétaires d'immeubles selon la valeur imposable de l'habitation. Ces deux décisions sont, sur cette question de la proportionnalité, quasiment rédigées dans les mêmes termes : ainsi dans la seconde d'entre elles, la Cour signale « qu'eu égard aux buts légitimes poursuivis pour cause d'utilité publique et à la marge d'appréciation de l'État défendeur, une telle politique différenciée ne saurait passer pour déraisonnable ni comme imposant une charge démesurée au détriment des requérants »⁹³⁶.

Le raisonnement de la Cour est intéressant à plus d'un titre. Premièrement, cet attendu prouve qu'en matière de discrimination, ce qui doit rester raisonnable, c'est précisément une différence de traitement. Dans le domaine de l'égalité, en effet, le caractère raisonnable d'un traitement se rapporte toujours au caractère raisonnable d'une différence. Il s'agit, là, d'un point véritablement fondamental : ce qui doit être raisonnable, c'est l'ampleur de la différence de traitement. Une telle argumentation laisse, en effet, apercevoir qu'une distinction « déraisonnable » est une différence qui est « démesurée » ou excessive ; elle s'apparente à un écart disproportionné. À l'inverse donc, une distinction raisonnable est une différence qui n'est pas démesurée ou pas excessive ; elle correspond à un écart qui n'est pas disproportionné. Deuxièmement, cette argumentation doit s'interpréter comme une illustration particulièrement significative de l'idée selon laquelle les « buts légitimes poursuivis » par l'acte juridique en cause ne constituent pas uniquement le point de vue depuis lequel apprécier si une différence de traitement est comparativement objective⁹³⁷ ; ils sont aussi, comme on peut le voir ici, le point de vue à partir duquel évaluer si une différence de traitement n'est comparativement pas disproportionnée.

Il importe de reprendre quelques exemples dont l'étude avait précédemment été entamée, et de revenir sur les points en litige les plus intéressants de l'*Affaire linguistique belge*⁹³⁸, afin de les envisager, cette fois, sous le prisme de l'exigence de proportionnalité.

⁹³⁶ CourEDH, *James et autres c. Royaume-Uni*, 26 février 1986, § 77. L'affaire *Gillow* avait trait à une différence de traitement – qui affectait, quant à elle, la jouissance du droit au respect de son domicile sur l'île de Guernesey – entre, d'un côté, les habitations à forte valeur locative imposable, exemptes de contrôle du service des logements et les habitations à faible valeur locative imposable, soumises à la sujétion du service des logements. La Cour a jugé « qu'eu égard aux objectifs légitimes poursuivis dans l'intérêt public et à la marge d'appréciation de l'État, on ne saurait considérer une telle politique différenciée comme déraisonnable ni comme imposant une charge démesurée aux propriétaires de maisons plus modestes, tels les requérants » ; CourEDH, *Gillow c. Royaume-Uni*, 24 novembre 1976, § 66.

⁹³⁷ Plus précisément, cette affaire avait trait à certaines différences de traitement instaurées entre divers groupes de propriétaires par la législation de réforme de l'emphytéose au Royaume-Uni, régie par une loi de 1967 amendée en 1974. Or, avant d'examiner si le principe de proportionnalité a été respecté, le juge a en effet d'abord constaté que « les distinctions établies par les lois de 1967 et 1974 en matière d'octroi du droit de rachat et de niveaux d'indemnisation trouvent une base objective dans la valeur imposable des immeubles » (CourEDH, *James et autres c. Royaume-Uni*, § 77).

⁹³⁸ CourEDH, *Affaire linguistique belge*, 23 juillet 1968, *Série A* n° 6.

Comme on le sait⁹³⁹, la Cour a été amenée à se pencher sur un premier problème : celui de l'absence, en région flamande, d'une instruction publique ou subventionnée en langue française⁹⁴⁰. Cela a déjà été souligné : aux yeux de la Cour, la différence de traitement opérée en Flandre entre, d'un côté, les habitants néerlandophones bénéficiant d'un enseignement officiel ou subventionné dans leur langue et, de l'autre, les habitants francophones qui ne bénéficient pas d'un tel enseignement dans leur langue usuelle, constitue une distinction qui est fondée « sur des critères objectifs »⁹⁴¹ ; « elle repose sur une appréciation objective de circonstances de fait essentiellement différentes »⁹⁴². Restait donc à déterminer si cette différence de traitement n'était pas disproportionnée, « si, s'inspirant de l'intérêt public, elle ménage un juste équilibre... » entre les droits accordés aux membres des deux communautés linguistiques de ce territoire ; et non un équilibre « ...entre la sauvegarde des intérêts de la communauté et le respect des droits et libertés garantis par la Convention »⁹⁴³, comme l'affirme la Cour. En effet, de quel équilibre s'agit-il en l'espèce ? Il ne s'agit pas tant de l'intérêt de tous contre l'intérêt de quelques uns, mais de l'étendue des droits accordés aux uns, par comparaison à l'étendue des droits accordés aux autres. Il ne s'agit pas tant d'un « équilibre entre la sauvegarde des intérêts de la communauté et le respect des droits et libertés garantis par la Convention »⁹⁴⁴ que de l'équilibre entre l'étendue du droit à l'instruction accordé à la majorité néerlandophone et l'étendue du droit à l'instruction accordé à la minorité francophone. Comme on peut le voir, les éléments mis dans la balance ne correspondent pas du tout au schéma intérêt particulier contre intérêt général, ni même au schéma intérêt particulier contre intérêt particulier. Bien au contraire, il s'agit de peser un « seul et même » intérêt juridique dans le chef de plusieurs personnes. Il s'agit, au regard du but d'intérêt public poursuivi, de peser un « seul et même » droit dans le chef des uns et des autres. Il s'agit de comparer, sur le territoire de la Flandre, l'étendue du droit à l'instruction dont jouissent les habitants néerlandophones et l'étendue du droit à l'instruction dont bénéficient les francophones ; et cela, afin de déterminer si l'ampleur de la différence de traitement n'est pas disproportionnée.

Le juge européen a répondu à cette interrogation : il a indiqué qu'au regard du but légitime poursuivi par la législation en cause, cette différence de traitement n'est pas

⁹³⁹ Pour l'analyse – concernant la situation juridique de cette région unilingue flamande – du raisonnement en amont du problème de la proportionnalité : voir *supra* p. 318, 331.

⁹⁴⁰ Il s'agit, là, de la première et de la seconde questions examinées par la juridiction européenne, qui ont respectivement trait, d'une part, au refus de créer et de subventionner des écoles non conformes aux prescriptions linguistiques (question n° 1 : *ibid.*, pp. 36-44, §§ 2-8 ; surtout § 7, plus particulièrement pp. 43-44) et, d'autre part, au retrait total des subventions aux écoles qui entretiendraient, à titre de classes non subsidiées et à côté de l'enseignement donné dans la langue que prévoient les lois linguistiques, un enseignement total ou partiel dans une autre langue (question n° 2 : *ibid.*, pp. 44-51, §§ 8-13 ; et surtout § 19, plus particulièrement p. 56).

⁹⁴¹ *Ibid.*, p. 50, § 13) (deuxième question traitée par la Cour).

⁹⁴² *Ibid.*, p. 44, § 7 (première question traitée par la Cour).

⁹⁴³ *Ibid.*

⁹⁴⁴ *Ibid.*

disproportionnée, car « les textes incriminés ne concernent que l’enseignement officiel ou subventionné. Ils n’empêchent point, dans la région unilingue néerlandaise, l’organisation d’un enseignement libre d’expression française, enseignement qui d’ailleurs y subsiste dans une certaine mesure »⁹⁴⁵. La Cour dit, par ailleurs, à propos de la réglementation qui ne finance que la langue majoritaire, que « de leur côté, les effets de cette mesure sont uniquement de nature à éviter qu’un enseignement subventionné et un enseignement non-subventionné ne soient dispensés dans une même école. Ils ne portent aucunement atteinte à la liberté d’organiser, indépendamment de l’enseignement subventionné, un enseignement libre d’expression française »⁹⁴⁶. Comme on le voit, dans la mesure où la différence de traitement ne concerne que l’enseignement public ou subventionné, en ce sens qu’elle n’inclut pas l’enseignement privé, l’alternative ne recoupe pas une configuration du type : “tout d’un côté et rien de l’autre”, mais “une instruction publique ou subventionnée d’une part, et une instruction privée non-subventionnée de l’autre” ; autrement dit, une instruction en français reste possible. Dans ces conditions, la Cour européenne considère que la différence de traitement n’est pas disproportionnée⁹⁴⁷, qu’elle n’est pas d’une ampleur démesurée.

Toujours dans le cadre de cette *Affaire linguistique belge*, mais à propos, cette fois, du régime d’inscription des enfants aux écoles des agglomérations entourant Bruxelles⁹⁴⁸, on se souvient⁹⁴⁹ que celui-ci introduit – au sein des enfants qui résident à l’extérieur de ces localités, et en particulier au sein des enfants habitant la région unilingue flamande⁹⁵⁰ – une

⁹⁴⁵ *Ibid.*

⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 50, § 13 (deuxième question traitée par la Cour).

⁹⁴⁷ Dans le même esprit, à propos du refus de certification des diplômes délivrés par les établissements non conformes aux prescriptions linguistiques (sixième question traitée par la Cour), le juge a estimé que la différence ne correspondait pas, là non plus, au tout d’un côté, et au rien de l’autre ; mais à une différence de traitement, moins importante, entre, d’une part, une validation automatique des diplômes pour les enfants issus d’établissements conformes aux prescriptions linguistiques et, d’autre part, une validation conditionnée à un examen supplémentaire pour les enfants issus des établissements non conformes aux prescriptions linguistiques. La Cour note, ainsi, que l’examen en question a précisément été mis en place pour qu’ « il ne prive pas l’élève du fruit de ses études. En effet, le titulaire d’un certificat non homologable peut obtenir la reconnaissance officielle de ses études en se présentant devant le jury central ». En conséquence, la distinction dont il s’agit respecte un rapport raisonnable de proportionnalité entre ces deux catégories d’élèves. (*ibid.*, pp. 86-87, § 42). À ce sujet, il n’est peut être pas inutile de relever qu’elle n’estime « pas impossible que l’application des dispositions légales litigieuses aboutisse, dans des cas individuels, à des résultats qui mettraient en cause l’existence d’un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, au point de constituer des discriminations » (*ibid.*, pp. 86-87, § 42).

⁹⁴⁸ Il s’agit, là, du deuxième volet de la cinquième question (*ibid.*, pp. 61-71, §§ 26-38, surtout le § 32, plus particulièrement pp. 69-71).

⁹⁴⁹ Pour l’analyse – concernant la situation juridique de ces localités de la périphérie de Bruxelles – du raisonnement en amont du problème de la proportionnalité : voir *supra* p. 319, 333.

⁹⁵⁰ Une remarque, qui dépasse la pure anecdote. Nous venons de le souligner, la distinction dont il s’agit concerne les enfants résidant à l’extérieur de ces localités. Directement et explicitement, la législation ne fait pas de distinction entre les enfants francophones qui vivent dans la région unilingue flamande et ceux qui habitent dans la région unilingue française ou dans tout autre territoire qui n’est pas celui des communes considérées : le refus d’accès aux écoles des localités à statut propre concerne indifféremment tous les enfants francophones extérieurs aux dites communes ; cependant, indirectement et implicitement, la législation « affecte » – pour reprendre un terme de la Cour – plus les enfants francophones de la Flandre que les autres enfants francophones, et notamment ceux de la Wallonie qui disposent, par définition, d’écoles françaises dans le lieu où ils résident.

distinction de traitement fondée sur la langue, selon qu'ils parlent le français ou le néerlandais. La Cour a non seulement jugé que cette différence de traitement n'est pas en correspondance avec la situation respective des uns et des autres, mais elle a estimé qu' « en outre, la mesure litigieuse ne respecte pas entièrement, dans le chef de la plupart des requérants et de leurs enfants, le rapport de proportionnalité... »⁹⁵¹.

Dans cette hypothèse-ci, le juge européen a estimé que la proportionnalité a été rompue. Le déséquilibre se présentait alors de la façon suivante. D'un côté, il y a les enfants néerlandophones de la région unilingue flamande : alors qu'ils disposent d'écoles dans leur propre langue dans les agglomérations où ils vivent, ceux-ci ont de surcroît accès aux écoles néerlandaises des communes des environs de Bruxelles bénéficiant d'un statut propre, c'est-à-dire des écoles qui enseignent dans la langue usuelle de ces enfants. De l'autre, il y a les enfants francophones de cette même région : alors que pour ces derniers, « il n'existe pas de telles écoles dans les communes où ils résident »⁹⁵², il ne leur est au surplus pas possible d'accéder aux écoles françaises créées dans les localités de la périphérie bruxelloise. Pour le juge européen, la proportionnalité a, en l'espèce, été rompue⁹⁵³. Comme on peut le voir, la différence de traitement ainsi décrite semble bien se caractériser par une ampleur disproportionnée, un déséquilibre, une disparité. La distinction s'apparente, pour le coup, à une configuration du type : « vraiment beaucoup d'un côté, trop peu de l'autre », « un avantage excessif d'une part, un désavantage excessif de l'autre ». La différence de traitement ne respecte donc pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre l'étendue du droit à l'instruction qui est octroyée aux enfants néerlandophones, comparée à celle qui est accordée aux enfants francophones.

C'est donc avec les enfants francophones de Flandre que la comparaison va, « en particulier », porter. Nous sommes ici en présence d'un traitement directement et explicitement identique occasionnant indirectement et implicitement un traitement différent. C'est, ici, déjà un raisonnement de discrimination indirecte comme on en trouve dans l'affaire *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000. Nonobstant, ce raisonnement de la discrimination indirecte n'est en l'occurrence appliqué que pour préciser l'un des termes de la comparaison du jugement d'égalité, l'un des termes de la balance de l'évaluation de la proportionnalité.

⁹⁵¹ La citation *in extenso* est la suivante : « En outre, la mesure litigieuse ne respecte pas entièrement, dans le chef de la plupart des requérants et de leurs enfants, le rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. La Cour relève à cet égard, en particulier, que l'impossibilité d'accéder aux écoles françaises, officielles ou subsidiées, des six communes "à facilités" affecte d'autant plus les enfants des requérants dans l'exercice de leur droit à l'instruction qu'il n'existe pas de telles écoles dans les communes où ils résident » (*ibid.*, p. 70, § 32).

⁹⁵² *Ibid.*

⁹⁵³ À la différence de l'opinion dissidente collective des juges Holmbäck, Rodenbourg, Ross, Wiarda et Mast qui considèrent que « l'absence de rapport raisonnable de proportionnalité [...] n'est certainement *pas clairement établie* » (*ibid.*, p. 90 ; l'italique est dans le texte). L'opinion soutenant l'existence d'une disproportion ne tient que pour autant que l'on considère – à l'instar des juges majoritaires et à la différence des juges minoritaires – que les villes en question sont des enclaves en territoire flamand et des enclaves dont le régime spécial s'apparente plus au régime de Bruxelles qu'à celui de la région unilingue flamande. C'est d'ailleurs la raison dont le législateur belge s'est contenté, pour mettre fin à la présente discrimination : suite à l'arrêt de la Cour le législateur belge s'est effectivement contenté d'intégrer la commune en question à la région unilingue flamande ; voir *supra* note 720.

Il convient de revenir et d'entrer dans le détail des arrêts *Syndicat national de la police belge* et *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*⁹⁵⁴.

Il importe une nouvelle fois de souligner cette éloquente formule contenue dans l'affaire *Syndicat national de la police belge*, laquelle concernait la non-consultation par le ministère belge de l'intérieur d'un syndicat jugé insuffisamment représentatif : après avoir enregistré l'objectivité de la différence de traitement opérée par les pouvoirs publics au regard du but légitime recherché par la loi belge du 27 juillet 1961, en cause dans cette espèce, la Cour a précisé qu'elle doit « rechercher si le désavantage que les membres du requérant subissent par rapport aux adhérents des syndicats consultés en vertu de la loi du 27 juillet 1961 se justifie non seulement dans son principe, mais aussi dans son étendue »⁹⁵⁵. Autrement dit, comme le récapitule très bien Vincent Berger dans le recueil de *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* : « restait à savoir si le désavantage que les membres du Syndicat national de la police belge subissent par rapport aux adhérents des syndicats consultés n'est pas disproportionné »⁹⁵⁶. Pour ce faire, le juge européen relève que les intérêts syndicaux défendus par l'organisation professionnelle requérante portaient sur un domaine très restreint : « ces questions spécifiques ne représentent qu'une partie des matières soumises à la consultation »⁹⁵⁷. Autrement dit, le syndicat requérant n'a certes pas été consulté, mais la question pour laquelle il n'a pas été entendu restait résiduelle par rapport aux problèmes traités par les autorités publiques. Au final, elle estime qu'« il n'est pas clairement établi que le désavantage subi par le requérant soit excessif par rapport au but légitime poursuivi par le gouvernement ; le principe de proportionnalité n'est par conséquent pas transgressé ».

Dans le même esprit, dans l'affaire *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, la Cour relève que la non-consultation, par la puissance publique, de syndicats ayant une faible audience n'est pas systématique ; elle prend ainsi note de ce que l'autorité étatique « consent parfois à traiter avec des syndicats indépendants, par exemple un syndicat de travailleurs forestiers » et que « ces organisations déploient leurs activités dans des secteurs, d'où les grandes fédérations sont absentes »⁹⁵⁸. Comme précédemment, la haute juridiction constate non seulement que la différence de traitement dont se plaint le syndicat requérant ne

⁹⁵⁴ CourEDH, *Syndicat national de la police belge*, 27 octobre 1975 ; CourEDH, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, 6 février 1976 (dans le même sens : CourEDH, *Schmidt et Dahlström c. Suède*, 6 février 1976, § 42). Pour l'analyse du raisonnement de la Cour, dans ces affaires, en amont de la question de la proportionnalité : voir *supra* p. 320 et p. 334.

⁹⁵⁵ CourEDH, *Syndicat national de la police belge*, précit., § 49.

⁹⁵⁶ V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Sirey, 2000, 7^e éd.

⁹⁵⁷ CourEDH, *Syndicat national de la police belge*, précit., § 49. La réponse, donnée par la Cour, à la question de savoir si la distinction en l'espèce est, ou non, disproportionnée, est faite en deux temps : celle-ci affirme que « la réponse paraît claire pour autant que la consultation a trait à des problèmes d'ordre général concernant tous les agents des provinces et des communes » (*ibid.*) ; la même réponse, c'est-à-dire négative, est apportée pour ce qui concerne « les questions propres à la police communale, par exemple les conditions aux emplois de commissaire et de commissaire adjoint » (*ibid.*).

⁹⁵⁸ CourEDH, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, précit., § 47.

manque pas, au regard du but légitime poursuivi, de justification objective, mais « la Cour n'estime pas davantage que le principe de proportionnalité, tel qu'elle l'a défini dans les deux arrêts précités [*Affaire linguistique belge* et *Syndicat national de la police belge*], ait été transgressé en l'espèce »⁹⁵⁹. Pour le dire autrement et pour reprendre une formule exprimée à propos de la législation française, lors du contrôle du respect de l'article 14 dans l'affaire *Cha'are Shalom Ve Tsedek* : « la Cour estime que la différence de traitement qui est résultée est de faible portée » ; et de conclure que « si différence de traitement il y a eu, elle trouvait en l'espèce une justification objective et raisonnable au sens de la jurisprudence constante de la Cour »⁹⁶⁰.

En ce qui concerne, l'arrêt rendu dans l'affaire *Inze c. Autriche* du 28 octobre 1987, lequel sanctionne une discrimination entre les enfants nés dans et hors mariage, la Cour européenne arrête son contrôle à la première des deux étapes que suppose l'application du principe d'égalité : celle de l'examen du caractère objectif de la distinction au regard du but légitime poursuivi. La seconde phase, celle de l'analyse du rapport raisonnable de proportionnalité, est logiquement absente de la motivation du juge. Quelle en est la raison ? Elle est très claire : comme on s'en souvient, le juge a estimé qu'au regard des buts allégués, la distinction opérée par la loi autrichienne régissant l'attribution des terres agricoles par voie de succession *ab intestat* n'avait pas de fondement objectif. En effet, dès lors qu'une différence de traitement ne correspond à aucune réalité objective, dès lors qu'il y a distorsion du rapport entre traitement et réalité, il est cohérent de considérer qu'il est inutile de poser la question de savoir si les traitements assignés aux uns et aux autres se tiennent, entre eux, dans un rapport raisonnable de proportionnalité.

Une différence de traitement qui ne repose pas sur une « base objective » – pour reprendre une expression se trouvant dans l'affaire *James et autres*⁹⁶¹ – est, par définition, une différence de traitement qui est déséquilibrée, disproportionnée ou déraisonnable. C'est donc fort logiquement que la Cour n'opère, dans cette affaire *Inze*, aucun contrôle au titre du principe de proportionnalité.

⁹⁵⁹ *Ibid.*, § 48.

⁹⁶⁰ CourEDH, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, 27 juin 2000, § 87.

⁹⁶¹ CourEDH, *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, § 77.

§ 2. L'interdiction d'une différence disproportionnée (ou déraisonnable) de traitement dans les effets indirects d'un acte étatique

L'idée selon laquelle le principe de non-discrimination impose le respect de la proportionnalité se vérifie également dans le cadre du contrôle de l'absence de discrimination indirecte.

Il se peut – hypothèse simple – qu'une différence de traitement en “cache”, pour ainsi dire, une autre : une différence de traitement selon un critère A peut recouper une différence de traitement selon un critère B. Dans un tel cas, la catégorisation porte sur le même objet, mais alors qu'un des critères est annoncé, l'autre est inexprimé. Or, le caractère raisonnable ou non-disproportionné de la différence de traitement doit concerner la différence de traitement tant explicite qu'implicite.

Il se peut aussi – hypothèse complexe – qu'une identité de traitement “cache” par ailleurs une différence de traitement : une identité de traitement selon un critère A peut ainsi par ailleurs engendrer une différence de traitement selon un critère B. Dans un tel cas, ni les critères de catégorisation, ni l'objet de chacun des traitements, ne sont les mêmes ; mais le premier traitement engendre le second. L'affaire *Thlimmenos c. Grèce* en est l'exemple caractéristique⁹⁶². L'évaluation de la proportionnalité d'un traitement corrélant des effets directs identiques et des effets indirects différents peut se faire suivant deux angles d'attaque.

Soit (*méthode n° 1*) le juge se situe au niveau des effets indirects du traitement, et il se trouve alors face à une configuration tout à fait habituelle puisqu'il a affaire à une *différence de traitement* : il s'agit de savoir si la différence de traitement constatée au niveau des effets indirectement générés par l'acte contrôlé n'est pas disproportionnée. En d'autres termes, il s'agit d'apprécier si la différence de traitement n'est *pas d'une trop grande ampleur*⁹⁶³.

Soit (*méthode n° 2*) le juge se situe au niveau des effets directs du traitement, et il se trouve alors face à une configuration tout à fait inhabituelle, puisqu'il a affaire à un traitement identique. Dans ce cas de figure-là, il s'agit d'évaluer un rapport entre deux situations⁹⁶⁴ ;

⁹⁶² Pour l'analyse des étapes de l'application de l'obligation de non-discrimination, dans cette affaire, qui sont en amont de la phase d'évaluation de la proportionnalité : voir *supra* p. 324, p. 338 (notamment p. 339 et p. 342). Ou, pour un aperçu général des faits et des enjeux de cette affaire, voir aussi p. 262.

⁹⁶³ Lorsque ce sont les effets indirects de l'acte contrôlé qui sont pris comme point de départ du jugement de proportionnalité – autrement dit, lorsque l'attention se porte prioritairement sur la catégorisation indirectement générée par l'acte examiné – la méthodologie du contrôle est la suivante : exiger qu'un tel traitement soit non-disproportionné, c'est exiger qu'au regard du but poursuivi par la loi nationale en cause, la différence de traitement qui existe entre le régime juridique indirectement engendré dans le chef d'un individu A, par comparaison au régime juridique indirectement induit dans le chef d'un individu B, ne soit pas d'une trop grande ampleur, c'est-à-dire ne soit pas disproportionnée.

⁹⁶⁴ De ce fait, l'idée de proportionnalité est ici, pour ainsi dire, transfigurée.

autrement dit, il s'agit d'apprécier si la *différence de situation* à laquelle s'applique le traitement identique n'est *pas d'une trop grande ampleur*⁹⁶⁵.

Il nous semble que, sur un plan au moins conceptuel, l'ampleur de la différence de traitement, quant à la question indirectement régie, est en quelque sorte le pendant de l'ampleur de la différence de situation quant à la question directement régie. Autrement dit, c'est parce que la différence de traitement quant à la question indirectement régie s'analyse comme une différence de traitement d'une ampleur trop grande, que l'on est en mesure de considérer que sa cause, à savoir le traitement identique quant à la question directement régie, s'applique à une différence de situation qui est trop grande pour être ignorée par le traitement identique.

Il faut reprendre l'affaire *Thlimmenos*, et envisager cette décision, cette fois, sous l'angle de l'exigence de la proportionnalité ou raisonabilité.

Comme cela a déjà pu être souligné lors de l'étude de cette affaire sous l'angle de l'exigence d'objectivité du traitement, la Cour européenne aurait très bien pu choisir la première de ces deux démarches : celle qui aurait consisté à appréhender le système de discrimination indirecte dénoncé par le requérant dans cette espèce, en partant des effets indirects de la législation hellène régissant l'accès à la profession d'expert-comptable. La question qui, de façon formalisée, se serait alors posée à elle – et qui, de façon sous-entendue s'est posée à elle – est concrètement la suivante : la distinction indirectement générée entre, d'une part, les candidats pour lesquels la législation impliquait une réduction de leur liberté de conscience et, d'autre part, les candidats pour lesquels la législation en question n'impliquait aucune réduction de leur liberté de conscience, cette distinction-là est-elle disproportionnée, à l'aune du but de la loi contrôlée, qui est de préserver la loyauté de la profession d'expert-comptable ? Cette distinction indirecte – fondée sur la nature des croyances religieuses, selon que le candidat a, ou non, été objecteur de conscience à l'égard du service militaire – est-elle, ou non, disproportionnée ? Tacitement, la réponse de la Cour est connue : la différence de traitement en question a, de manière sous-entendue, été considérée comme disproportionnée ou déraisonnable. Cependant, il s'agit là d'une conclusion qui n'est pas tant explicite qu'implicite de la part de la Cour, puisque cette dernière a suivi une autre méthodologie de contrôle.

La haute juridiction européenne a, en effet, préféré l'autre angle d'attaque, consistant à évaluer l'ampleur de la différence de situation que méconnaissait l'identité directe de traitement fondée sur le critère de la nature de l'infraction. Concrètement, la question qui se

⁹⁶⁵ Lorsque ce sont les effets directs de l'acte contrôlé qui sont pris comme point de départ du jugement de proportionnalité – autrement dit, lorsque l'attention se porte prioritairement sur la catégorisation directement opérée par la réglementation examinée – la méthodologie du contrôle est donc la suivante : il faut qu'au regard de cette double finalité, la différence entre la situation d'un individu A et celle d'un individu B ne soit pas d'une trop grande ampleur.

posait à la Cour se présentait comme suit : est-ce que l'identité de traitement, par la loi grecque, de tous les candidats convaincus de crime, quels que soient les faits constitutifs d'une telle infraction (réitérons que la loi en cause a pour effet d'exclure les candidats concernés de la profession d'expert-comptable) est-ce que cette uniformité de traitement là ignorait une importante différence de situation, au regard de la double exigence de loyauté et de liberté de conscience des candidats ? Comme on le sait, la Cour a jugé que la législation grecque relative à l'accès à la profession d'expert-comptable appliquait un traitement identique à « des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »⁹⁶⁶ ; or, « la Cour considère que le refus de traiter le requérant différemment des autres personnes reconnues coupables d'un crime n'avait aucune justification objective et raisonnable »⁹⁶⁷.

Il nous semblait utile de démontrer que les deux angles d'attaque d'un tel système de discrimination indirecte sont, en quelque sorte, les deux faces d'une même pièce, puisque l'une occasionne l'autre. À l'ampleur de la différence de situation relativement à un premier objet (la possibilité d'accès à la profession d'expert-comptable) répond l'ampleur de la différence de traitement relativement à un second objet (la liberté de conscience). C'est parce que le second traitement – le traitement distinct (quant à la liberté de conscience), celui qui a trait à la question indirectement régie – se présente comme une différence de traitement d'une trop grande ampleur que l'on est en droit de considérer que sa cause, le premier traitement – le traitement identique (quant à l'accès au métier d'expert-comptable), celui qui a trait à la question directement régie – s'applique à une différence de situation trop grande pour être méconnue par ce premier traitement.

La présentation faite jusqu'ici, du rôle indirectement joué par la proportionnalité à l'occasion d'un traitement identique, se veut purement descriptive. Toutefois, nous voudrions à présent y ajouter une remarque d'ordre prescriptif. Cette réflexion dogmatique porte sur le point de savoir si l'obligation de « justification objective et raisonnable », à la charge des pouvoirs publics, pèse avec la même force sur le traitement différent et sur le traitement identique. Nous soutenons que l'obligation d'une « justification objective et raisonnable » ne doit pas s'exercer avec la même rigueur ou la même intensité dans l'un et l'autre cas. Il nous semble que le juge est tenu d'opérer un contrôle moins contraignant lorsqu'il s'agit d'un traitement identique (qui risque de nier une dissimilitude de situation) que lorsqu'il s'agit d'examiner un traitement différent (qui risque de nier une similitude de situation). À cela, il y a deux justifications.

La première raison est externe au principe d'égalité et a trait à la séparation des pouvoirs. Nous avons cherché à le montrer, le juge n'est fondé à invalider le traitement identique que dans la mesure où celui-ci génère indirectement un traitement différent discriminatoire. Or, plus un juge s'éloigne des effets directement et explicitement produits par

⁹⁶⁶ CourEDH, *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, § 44 (*in fine*).

⁹⁶⁷ *Ibid.*, § 47 (*in fine*).

l'acte en cause devant lui, moins son jugement est orienté par les règles juridiques qui entrent en jeu dans son raisonnement. Plus le juge porte son contrôle sur les effets indirects et implicites de l'acte en litige, plus la part discrétionnaire de son appréciation augmente, plus il se rapproche de la position d'un législateur étatique, et plus il est tenu de laisser à ce dernier une marge nationale d'appréciation⁹⁶⁸.

La seconde raison est purement interne au principe d'égalité et a trait à la définition même de l'égalité : elle tient au fait, qui a été développé antérieurement, qu'au sein de l'égalité, le souci de la situation singulière reste irrémédiablement subsidiaire par rapport au souci de la situation commune. Le statut du respect de la différence demeure, au sein de l'égalité, irrémédiablement contingent. Le contrôle, par l'organe juridictionnel, du traitement identique doit donc être moins intense par rapport à celui du traitement différent. Symétriquement, les pouvoirs publics doivent disposer d'une marge discrétionnaire plus grande lorsqu'ils élaborent un traitement identique que lorsqu'ils édictent un traitement différent.

En définitive et pour l'énoncer de manière expressive, on pourrait dire que pour qu'un traitement identique soit contraire à la clause d'égalité, ce traitement doit avoir méconnu plus qu'une importante différence de situation, il faut qu'il ait ignoré une très importante différence de situation⁹⁶⁹ ; la discrimination est constituée s'il y a traitement identique de situations *très* essentiellement dissemblables⁹⁷⁰.

Conclusion du Chapitre 2. Conclusion sur l'application jurisprudentielle de l'obligation de non-discrimination

Ce qui fait la particularité de l'application du principe de non-discrimination, ce n'est pas tant que celui-ci exige des justifications à l'action de l'État (une haute partie contractante qui s'immisce dans la liberté d'expression est tout autant sommée de présenter des justifications) ; ce qui fait toute son originalité, c'est la nature de la justification. Dans le domaine de l'égalité, la justification porte effectivement sur un objet très particulier, qui est le

⁹⁶⁸ De plus, alors que l'invalidation d'un traitement différent aboutit à étendre un traitement déjà existant aux personnes qui en avaient été écartées, l'invalidation d'un traitement identique a pour résultat d'exiger la création d'un traitement qui, parfois, est encore inexistant.

⁹⁶⁹ En d'autres termes, l'appréciation de l'ampleur de la différence de situation dans le cadre du contrôle d'un traitement identique doit être plus rigoureuse que l'appréciation de l'ampleur de la différence de traitement dans le cadre du contrôle d'un traitement différent.

⁹⁷⁰ Alors que parallèlement, il n'y a discrimination que s'il y a traitement différent de situations essentiellement semblables (ou traitement excessivement différent de situations dissemblables).

rapport que le traitement litigieux entretient avec la réalité et avec les autres traitements. Aussi, lorsque la Cour européenne des droits de l'homme précise que « l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable », cette formule reste un brin schématique. Elle demeure quelque peu « une façon de parler », car ce n'est pas tant la justification qui doit être objective et raisonnable, ce sont respectivement les deux rapports susmentionnés : rapport d'objectivité du traitement à la réalité, d'une part, et rapport de non-disproportion à l'égard des autres positions juridiques, d'autre part. Ces développements sur l'application jurisprudentielle de l'obligation de non-discrimination se sont donc proposés de mettre au jour ces deux lignes de force, lesquelles sont à l'œuvre, de façon plus ou moins explicite, dans les décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme.

Pour finir, il faut apporter à ce tableau une précision ou plus exactement une nuance : lorsqu'en matière de non-discrimination, la haute juridiction européenne précise, dans l'arrêt *Rasmussen*, que « l'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte » ou suivant « la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants »⁹⁷¹, cela signifie qu'elle exige une étroitesse plus ou moins marquée des rapports que le traitement litigieux entretient avec la réalité, d'abord, et avec les autres traitements, ensuite.

Ces rapports doivent être particulièrement resserrés lorsque sont en jeu des critères de catégorisation qui doivent être regardés de façon critique tel le sexe, par exemple, dans la mesure où il a historiquement correspondu à un critère de domination d'une catégorie du corps social sur une autre. C'est la raison pour laquelle la Cour européenne des droits de l'homme indique que « seules des considérations très fortes peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe »⁹⁷², « l'orientation sexuelle »⁹⁷³, mais aussi sur la « naissance hors du mariage »⁹⁷⁴ ou « la nationalité »⁹⁷⁵.

⁹⁷¹ CourEDH, *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, § 40. Pour une étude de droit comparé sur l'intensité du contrôle juridictionnel en matière de non-discrimination : A.W. Heringa, « Standards of Review for Discrimination – The Scope of Review by the Courts », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 25-37.

⁹⁷² CourEDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandi c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 78 (voir §§ 74-83) ; il s'agit du premier arrêt qui utilise cette expression « des raisons très fortes » ; voir aussi *Schuler-Zraggen c. Suisse*, 24 juin 1993, §§ 64-67 ; *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, 18 juillet 1994, §§ 24-29 ; *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, §§ 25-29 ; *Van Raalte c. Pays Bas*, 21 février 1997, §§ 39-44 ; *Wessels-Bergervoet c. Pays-Bas*, 4 juin 2002 ; §§ 44-55 ; *Willis c. Royaume-Uni*, 11 juin 2002, §§ 37-43 ; *L. et V. c. Autriche*, 9 janvier 2003, §§ 34-55 ; *S. L. c. Autriche*, 9 janvier 2003, §§ 27-47. Tous ces arrêts concluent à la violation de l'article 14.

⁹⁷³ CourEDH, *S. L. c. Autriche*, § 37 ; *L. et V. c. Autriche*, 9 janvier 2003, §§ 34-55. Ces arrêts constatent la violation de l'article 14. Pour un commentaire : voir F. Edel, *L'Europe des Libertés* février 2003 (n°10), p 29. CourEDH, *Karner c. Autriche*, 24 juillet 2003, § 22 ; arrêt constatant la violation de l'article 14.

⁹⁷⁴ CourEDH, *Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987, § 41 (il s'agit du premier arrêt qui utilise cette expression pour la question de la naissance dans le cadre ou en dehors du mariage, voir aussi §§ 41-45) ; avant cet arrêt voir, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, §§ 38-43, 54-59, 61-62 ; § 65 ; après cet arrêt voir *Vermeire c. Belgique*, 29

En revanche, lorsque la Cour européenne constate l'absence d'un « dénominateur commun aux systèmes juridiques » des États membres du Conseil de l'Europe, celle-ci leur reconnaît un pouvoir d'appréciation et les laisse relativement libres quant à l'ajustement des traitements et des situations et quant à l'ampleur de l'écart de liberté que l'État est susceptible d'instaurer. Autrement dit, plus la question en cause est politique au sens fort, plus elle relève d'un « choix de société », et plus la Cour sera compréhensive du traitement en question, comme ce fut, par exemple, le cas dans l'arrêt *Fretté c. France* du 26 février 2002, dans lequel elle a jugé conforme au droit garanti par l'article 14 la différence de traitement opérée par les autorités françaises entre les célibataires hétérosexuels et les célibataires homosexuels quant à l'incidence de leur vie privée, et plus exactement de leur orientation sexuelle, sur la possibilité ou non d'adopter un enfant. La Cour a ainsi précisé qu' « on chercherait en vain dans l'ordre juridique et social des États contractants des principes uniformes sur ces questions de société sur lesquelles de profondes divergences d'opinions peuvent raisonnablement régner dans un État démocratique. La Cour estime normal que les autorités nationales [...] disposent d'une grande latitude lorsqu'elles sont appelées à se prononcer en ces domaines [...] Dès lors que les questions délicates soulevées en l'espèce touchent à des domaines où il n'y a guère de communauté de vues entre les États membres du Conseil de l'Europe et où, de manière générale, le droit paraît traverser une phase de transition, il faut donc laisser une large marge d'appréciation aux autorités de chaque État. Pareille marge d'appréciation ne saurait cependant se transformer en reconnaissance d'un pouvoir arbitraire à l'État et la décision des autorités reste soumise au contrôle de la Cour, qui en vérifiera la conformité avec les exigences de l'article 14 de la Convention »⁹⁷⁶.

novembre 1991, §§ 19-28 ; *Mazurek c. France* du 1^{er} février 2000, §§ 48-55 ; *Camp et Bouroumi c. Pays-Bas*, 3 octobre 2000, §§ 30-39 ; *Sahin c. Allemagne*, 8 juillet 2003 (Grande Chambre), §§ 79-100 ; *Sommerfeld c. Allemagne*, 8 juillet 2003 (Grande Chambre), §§ 76-98 ; *Hoffmann c. Allemagne*, 11 octobre 2001, §§ 49-60. Tous ces arrêts concluent à la violation de l'article 14.

⁹⁷⁵ CourEDH, *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, §§ 42-52 ; *Koua Poirrez c. France*, 30 septembre 2003, §§ 46-50. Ces arrêts constatent la violation de l'article 14.

⁹⁷⁶ CourEDH, *Fretté c. France*, 26 février 2002, § 41. Ainsi, le refus opposé par l'administration à l'agrément sollicité par un requérant, homosexuel, en vue d'adopter un enfant ne viole pas la Convention. En l'espèce, la Cour a estimé que cette différence de traitement reposait sur une justification qui est comparativement objective

et raisonnable au regard du but légitime poursuivi qui est de « protéger la santé et les droits des enfants pouvant être concernés par une procédure d'adoption » (§ 38). Autrement dit, moins une question trouve un ancrage juridique ancien et abondant, moins le contrôle juridictionnel sera strict. Pour un commentaire : voir F. Edel, *L'Europe des Libertés* mai 2002 (n° 8), pp. 24-25.

Conclusion du titre 2. Conclusion sur l'obligation posée par le principe d'égalité

Il nous a semblé indispensable de décrire ce que l'on ne trouve nulle part, à savoir les liens qu'entretiennent les exigences prétoriennes de « situations analogues », de « but légitime poursuivi », de « proportionnalité », de « justification objective et raisonnable » avec le principe d'égalité ; en un mot leur raison d'être. Cette démarche a débouché sur un travail de remise en ordre quant à la signification et à la fonction que possède chacune de ces conditions formulées par la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans cette perspective, ces développements se proposent de remettre l'idée de comparaison au centre de la définition de la non-discrimination lors de l'évaluation, aussi bien de l'objectivité, que de la proportionnalité d'une distinction. Dans le même temps, ils soulignent la nécessité d'une plus grande fidélité méthodologique à la formule de la « justification objective et raisonnable ». Concernant, d'abord, le caractère objectif d'une distinction : il est important de lui donner, ou de lui redonner, la totalité de la place qui est, ou qui a été, la sienne au sein du processus d'application du principe de non-discrimination, tout en gardant à l'esprit qu'il s'agit d'une objectivité comparée. Concernant, ensuite, le caractère raisonnable d'une distinction : il est important de maintenir, afin de prévenir toute dilution de la notion, le lien entre l'idée de raisonnable telle qu'elle se trouve exprimée dans l'expression « justification objective et raisonnable » et l'idée de raisonnable telle qu'elle est énoncée dans la formule « rapport raisonnable de proportionnalité », tout en gardant à l'esprit qu'il s'agit d'une proportionnalité comparée.

Il était important de rendre compte de la jurisprudence européenne relative à la non-discrimination d'une manière qui soit, autant que possible, fidèle aux énoncés jurisprudentiels, mais qui soit aussi, et surtout, cohérente et conserve notamment à l'idée d'égalité son unité conceptuelle. Lorsque le préambule du Protocole n° 12, par exemple, affirme prendre en compte « le principe fondamental selon lequel toutes les personnes sont égales devant la loi », on ne peut plus clairement faire ressortir qu'il n'y a qu'une seule façon de qualifier la manière dont les hommes doivent se regarder les uns les autres : il s'agit d'un rapport d'égalité, dont l'article 14 et l'article 1er du Protocole n° 12 sont les garants. Autrement dit, il n'y a qu'une seule façon de qualifier la manière dont la loi doit regarder les hommes dont elle régit la condition juridique. En d'autres termes encore, chaque loi ou chaque acte étatique qui entre dans le champ d'application de l'article 14 ou de l'article 1er du Protocole n° 12 doit respecter cette idée d'égalité. Or, s'il est vrai qu'il n'existe, en la matière, aucune autre idée que celle d'égalité et qu'en l'occurrence, c'est bien l'acte étatique qui doit respecter cette dernière, et rien d'autre, alors il faut admettre que la seule distinction recevable

dans le domaine de l'égalité est la distinction entre l'égalité constatée au niveau des effets directement produits par l'acte en cause (au regard du but explicitement poursuivi) et l'égalité constatée au niveau des effets indirectement produits par l'acte en cause (autres que ceux explicitement voulus) ; en d'autres termes : entre discrimination directe et discrimination indirecte. Une discrimination s'apprécie donc – dans tous les cas – dans les effets directement générés par l'acte soumis à l'obligation de non-discrimination, et – le cas échéant – dans ses effets indirects. Il faut cependant souligner que, dans les deux hypothèses, ce sont les effets de l'acte en cause qui sont appréciés : or, ces effets ne sont pas moins matériels dans le premier cas que dans le second et c'est la même égalité qui doit être respectée dans les deux hypothèses. Le respect de l'égalité n'a rien de moins matériel dans la première occurrence que dans la seconde. Il n'y a pas une égalité ou une discrimination qui serait formelle, d'un côté, et une égalité ou une discrimination qui serait matérielle, de l'autre. Ou bien, il n'y a pas une égalité qui serait arithmétique, d'un côté, et une égalité qui serait proportionnelle, de l'autre. Ou bien encore, il n'y a pas une discrimination qui concernerait le texte de loi d'un côté, et une discrimination qui concernerait les effets du texte de loi de l'autre. Il y a cependant des effets qui sont directement issus du texte de loi et des effets qui en sont la conséquence indirecte ; mais – il faut y insister – c'est, à chaque fois, la même notion d'égalité qui trouve à s'appliquer.

La présente étude propose donc une systématisation des concepts que sont la discrimination directe et indirecte, sachant que cette dernière regroupe elle-même deux hypothèses : premièrement, la discrimination indirecte simple, qui correspond à l'hypothèse dans laquelle une différence de traitement occasionne indirectement une autre différence de traitement ; deuxièmement, la discrimination indirecte complexe, qui renvoie à l'hypothèse dans laquelle une identité de traitement occasionne indirectement une différence de traitement.

Conclusion de la deuxième partie

Si, au premier abord, la mise en œuvre de l'impératif de non-discrimination par la Cour européenne des droits de l'homme semble correspondre à une jurisprudence stable et balisée, cette première image reste un faux-semblant ; car à y regarder de plus près, on s'aperçoit que les balises en question n'ont pas un ancrage complètement solide et que les formules jurisprudentielles sont certes les mêmes au fil des arrêts, mais que leur usage est parfois aléatoire et loin d'être absolument clair.

L'origine véritablement première d'un certain nombre de problèmes en la matière réside dans le fait que les présupposés épistémologiques sur lesquels repose la jurisprudence européenne relative à la non-discrimination sont erronés. L'application de l'égalité fonctionne avec des schèmes qui ne sont tout simplement pas les siens : le principe d'égalité a été l'objet d'une réception acritique de méthodes de concrétisation qui sont compréhensibles à partir du concept de liberté mais qui ne le sont plus du tout avec le concept d'égalité. Les méthodes utilisées par la Cour européenne remplissent alors leur office d'une manière qui n'est qu'approchante, voire incidente ou partielle.

En effet, l'égalité n'est pas la liberté. Il s'agit-là d'une évidence, mais d'une évidence qui s'est trop souvent perdue en chemin lors du processus de concrétisation du principe d'égalité. Déterminer juridiquement le champ d'application d'une clause sauvegardant une liberté n'est pas tout à fait la même chose que de déterminer le champ d'application d'une clause protégeant l'égalité ; voilà pourquoi, notamment, le champ d'application de l'article 14 déborde légèrement celui des libertés garanties par la Convention. De la même manière, les opérations juridiques de mise en œuvre d'une obligation imposant le respect d'une liberté ne sont pas celles d'une obligation commandant le respect de l'égalité. Voilà également pourquoi il est notamment erroné d'affirmer que, dans le domaine de l'article 14, il s'agit de respecter une « proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ».

La description qui a été faite de la définition et de l'application de l'obligation de non-discrimination dans la Convention européenne des droits de l'homme a donc aussi été l'occasion de décrire, de manière concrète et détaillée, une méthode générale d'application du principe de non-discrimination qui se veut fidèle, à la fois au phénomène de l'égalité (par rapport à celui de la liberté), et à son unité conceptuelle (eu égard au risque de dislocation). Cette méthode générale est donc, tout à la fois, une réfutation des syncrétismes consistant à importer sur le terrain de l'égalité des méthodes de concrétisation valables pour les clauses de liberté, et une réfutation des dualismes auxquels la doctrine a recours pour rendre compte de

la protection juridique de l'égalité, puisque les syncrétismes procèdent par approximations et les dualismes débouchent sur des contradictions ; dans les deux cas, c'est donc la compréhension de l'égalité qui est desservie.

Réitérons que le seul clivage juridiquement admissible est le partage entre discrimination directe et discrimination indirecte puisqu'il conserve à l'égalité son unité fondamentale. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme constitue un terrain tout indiqué pour souligner cette unité conceptuelle : la grande force de la définition de la non-discrimination par la Cour européenne des droits de l'homme telle qu'elle est issue de l'*Affaire linguistique belge* étant justement son unité. La haute juridiction européenne doit la maintenir précieusement. Car malgré les réserves que nous avons pu émettre, la définition que la Cour européenne donne de la non-discrimination possède d'indéniables qualités. Elle ne recourt, pour justifier l'invalidation de certaines distinctions et la validation de certaines autres, ni à la notion trop vaste d'« arbitraire »⁹⁷⁷ comme c'est le cas de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, ni à la notion antiphastique de « déro[ation] à l'égalité »⁹⁷⁸ comme c'est le cas du Conseil constitutionnel français. La formule de la « justification objective et raisonnable » comporte cet atout remarquable qui est de laisser entendre l'autonomie du concept d'égalité, par rapport au risque de dilution dans l'idée de justice, ainsi que l'unité du concept d'égalité, par rapport au risque d'enfermement dans une contradiction logique.

⁹⁷⁷ Cour constitutionnelle fédérale, 23 octobre 1951 : « Le principe d'égalité est violé lorsqu'on ne peut trouver, à la base d'une différence ou d'une égalité de traitement légale, une justification raisonnable, résultant de la nature des choses ou d'une quelconque raison objectivement plausible, bref, lorsque la disposition doit être considérée comme arbitraire » ; BverfGE 1, 14 (52) ; cité par O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, op. cit.*, p. 130.

⁹⁷⁸ Conseil constitutionnel, 7 janvier 1988, *Mutualisation de la caisse nationale de crédit agricole* : « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit » (considérant n° 10). Dans le sens de cette idée « d'une exception à l'égalité » : G. Braibant, « Réflexions sur le principe d'égalité », *REDP* 1999, vol. 11, n° 2 (n° spécial : *Le principe d'égalité*), pp. 443-454 (p. 449).

Troisième partie

La définition du principe d'égalité à l'épreuve de la recherche d'une égalité plus effective

La recherche d'une plus grande égalité (c'est-à-dire d'une égalité qui porte sur des intérêts autres que ceux qui sont directement ou indirectement issus des agissements des pouvoirs publics) a pour conséquence d'interroger ou d'éprouver de deux manières les limites du principe d'égalité tel qu'il est formulé par la Convention européenne des droits de l'homme. Concrètement il s'agira d'étudier, d'abord, la relation qu'il peut y avoir entre le principe de non-discrimination établi par le traité européen et la notion d'obligation positive développée, par ailleurs, par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (titre 1). Il s'agira d'examiner, ensuite, les relations particulièrement ambiguës que ce même principe d'égalité peut entretenir avec la notion de discrimination positive (titre 2).

Titre 1. Le principe d'égalité et la notion d'obligation positive

Aujourd'hui, le débat relatif à l'interprétation du droit à la non-discrimination porte notamment sur le point de savoir si un tel droit pourrait engendrer des obligations positives à la charge de l'État. Encore inimaginable lors de la rédaction de l'article 14 en 1950, la question a commencé à être posée par les experts vers le milieu des années 1970 ; elle est même devenue l'un des éléments les plus discutés à partir de la fin des années 1990, spécialement lors de l'élaboration de l'article 1er du Protocole n° 12⁹⁷⁹. Pour l'instant, la jurisprudence européenne n'offre, à proprement parler⁹⁸⁰, aucun exemple de sanction d'un manquement étatique à une obligation positive dont le fondement aurait été la clause de non-discrimination ; plus encore, elle ne fournit même aucune illustration d'un simple examen d'une situation nationale sous un tel angle.

De son côté, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a certes déclaré, à plusieurs reprises, que les droits relatifs à l'égalité⁹⁸¹ énoncés par le Pacte international sur les droits civils et politiques ont pour conséquence d'obliger les États contractants à aller au-delà des mesures traditionnelles et de mener « aussi une action constructive visant à assurer la jouissance positive des droits »⁹⁸² en question. Cela, notamment en matière d'égalité entre les

⁹⁷⁹ Voir *supra* à propos des raisons de la tardive rédaction du Protocole n° 12 : p. 13.

⁹⁸⁰ À l'exception d'un exemple assez marginal : CourEDH, *Vermeire c. Belgique*, 29 novembre 1991 (voir *infra* p 392).

⁹⁸¹ À savoir : les articles 2, 3, 23, 24, 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

⁹⁸² Observation générale n° 4 de 1981 sur l'article 3 concernant le droit à l'égalité entre les sexes ; *in extenso*, cette citation se présente comme suit : « cet article, ainsi que 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 » (§ 2). D'une manière plus globale, au-delà de la seule égalité, voir aussi l'Observation générale n° 3 de 1981 sur l'article 2 concernant la mise en œuvre du Pacte dans le cadre national : « Le Comité estime nécessaire d'appeler l'attention des États parties sur le fait que les obligations que leur impose le Pacte ne se limitent pas au respect des droits de l'homme, et qu'ils se sont également engagés à assurer la jouissance de ces droits à toutes les personnes relevant de leur juridiction. Cela exige des États parties qu'ils prennent des mesures spécifiques pour permettre aux particuliers de jouir de leurs droits. La chose est évidente dans le cas de plusieurs articles (l'article 3, par exemple [...]), mais, en principe, cette obligation vaut pour tous les droits énoncés dans le Pacte » (§ 1). Enfin, concernant le principe général d'égalité, voir l'Observation générale n° 18 de 1989 sur la non-discrimination : hormis les développements que celle-ci consacre aux obligations positives issues des articles 23 § 4 et 24 du Pacte, on notera que, pour le reste, cette observation sur le principe général de

hommes et les femmes : les États parties au Pacte doivent ainsi adopter « des mesures positives dans tous les domaines de façon à assurer la réalisation du potentiel des femmes dans une mesure égale par rapport au reste de la population »⁹⁸³ ; ils ont l' « obligation de prendre toutes les mesures nécessaires [...] tant dans le secteur public que dans le secteur privé »⁹⁸⁴. Cependant, compte tenu du fait que de telles assertions ont été faites à l'occasion d' « Observations générales » et ne correspondent à aucune jurisprudence⁹⁸⁵, elles n'ont d'autre portée que celle d'une pétition de principe ; elles permettent tout au plus au Comité d'exiger d' « être informé des dispositions législatives et des mesures administratives qui visent à réduire ou à éliminer [la] discrimination [de fait] »⁹⁸⁶. À ce jour, au niveau universel comme européen, la question reste donc largement de l'ordre de l'abstraction, voire du phantasme.

La transposition de la notion d'obligations positives sur le terrain de l'article 14 de la Convention et de l'article 1er du Protocole n° 12 pose des problèmes redoutables en ce qu'elle consiste à conjuguer des textes juridiques dont le contenu matériel *a priori* est extraordinairement faible avec une théorie des effets juridiques dont le degré de conceptualisation est, en l'état actuel, encore assez faible. De la sorte, c'est un véritable sentiment de vertige qui saisit le juriste amené à se pencher sur une telle éventualité, dans la mesure où la conjugaison de la notion d'égalité avec celle d'obligation positive aboutit à véritablement éprouver les limites de ce que signifie interpréter ou appliquer un texte juridique⁹⁸⁷. Et cela d'autant plus qu'il n'existe à ce jour quasiment aucune argumentation

non-discrimination se caractérise, sur cette question des obligations positives, par une tonalité beaucoup plus prudente par rapport aux autres observations (voir le § 9 et le § 10) ; ce n'est peut-être pas entièrement un hasard au regard de l'argumentation que nous allons développer.

⁹⁸³ Observation générale n° 28 de 2000 sur l'article 3 concernant le droit à l'égalité entre les sexes ; § 3 (cette Observation n° 28 actualise et remplace l'Observation générale n° 4 de 1981, précitée).

⁹⁸⁴ *Ibid.*, § 4. *In extenso*, la citation est la suivante : « Les articles 2 et 3 leur font [aux États] obligation de prendre toutes les mesures nécessaires, y compris l'interdiction de toute discrimination fondée sur le sexe, pour mettre un terme aux pratiques discriminatoires qui nuisent à l'exercice des droits tant dans le secteur public que dans le secteur privé ».

⁹⁸⁵ La remarque suivante de F. Sudre nous semble toujours avérée : « cette analyse reste cependant théorique, en l'absence d'une jurisprudence pertinente en la matière. Bien que le Comité des droits de l'homme se soit montré réceptif, dans le cadre de sa fonction de contrôle des requêtes individuelles, à la notion d'obligations positives [...] sa jurisprudence relative à la non-discrimination ne fournit cependant pas, à notre connaissance, d'exemple d'examen sous l'angle des obligations positives d'une communication fondée sur l'article 26 et *a fortiori*, de constatation d'une violation pour ingérence passive » (c'est-à-dire, absence d'adoption de mesures « positives ») ; F. Sudre, « Le droit à la non-discrimination dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations unies », in F. Sudre (dir.), *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies – les communications individuelles*, actes du colloque de Montpellier, Institut de droit européen des droits de l'homme, Université de Montpellier, 1995, p. 47.

⁹⁸⁶ Observation générale n° 18 de 1989 sur la non-discrimination, § 9.

⁹⁸⁷ Les questions que soulève cette transposition se posent avec une telle radicalité, qu'elle interroge les fondements même du droit et, du même coup, la philosophie du droit qui, consciemment ou inconsciemment, sous-tend le raisonnement du juriste confronté à ce problème. Elle pose de front des questions qui sont d'autant plus classiques qu'elles sont redoutables : un texte de droit peut-il se laisser imputer n'importe quelle conséquence juridique ? Dans quelle mesure le texte de droit oriente-t-il le champ des possibles ? Quel est le rôle

doctrinale véritablement approfondie sur ce problème⁹⁸⁸. C'est précisément parce que la question souffre d'un manque d'expertise juridique réellement approfondie qu'il est apparu nécessaire d'y consacrer des développements importants, afin de poser des jalons solides pour un débat sur ce sujet.

Pour cela, il est au préalable indispensable de cerner, autant que possible, la notion d'obligation positive telle qu'elle se présente dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme ; nous essayerons donc, à partir de la jurisprudence européenne en la matière, d'en cerner les contours (chapitre liminaire). Ensuite, l'on pourra alors se poser la question de savoir si l'article 14 de la Convention et l'article 1er du Protocole n° 12 pourraient éventuellement devenir le support d'obligations positives ; nous verrons alors, au terme d'une assez longue analyse, qu'une telle possibilité reste assez limitée (chapitre 1). Au final, il est légitime de penser que les obligations positives destinées à améliorer l'égalité ne relèvent pas tant de la compétence de la Convention européenne des droits de l'homme que de celle d'instruments internationaux *ad hoc* (chapitre 2).

du texte de droit dans le processus de concrétisation dudit droit ? Quel est le rôle du contexte dans un tel processus ? Y a-t-il des limites à l'interprétation et de quel ordre sont-elles ? Etc.

⁹⁸⁸ Quelques auteurs ont abordé la question, mais d'une manière qui reste incidente : voir T. Choudhury, « Interpreting the Right to Equality Under Article 26 International Covenant on Civil and Political Rights », *EHRLR* 2003 n° 1, pp. 24-52 [notamment pp. 46-48] ; A. McColgan, « Principles of Equality and Protection from Discrimination in International Human Rights Law », *EHRLR* 2003 n° 2, pp. 157-175 [notamment pp. 173-174] ; A. Bayefsky, « The principle of Equality or Non-discrimination in International Law », *HRLJ* 1990, pp. 1-34 [spécialement pp. 28-33] ; F. Sudre, « Le droit à la non-discrimination dans la jurisprudence du Comité... », précit., [spécialement pp. 46-47]). Voir aussi A. Eide et T. Opsahl, « Égalité et non-discrimination – Rapport général », in *Droits des personnes privées de leur liberté – Égalité et non-discrimination* (actes du septième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme), Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1990, pp. 104-144. Voir encore F. Sudre, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : exercice de "jurisprudence fiction" » *RTDH* 2003, pp. 755-779 (notamment, § 32-33, p. 774).

Chapitre liminaire. Les obligations positives dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme

La notion d'obligation positive⁹⁸⁹ (section 2) ne peut correctement se comprendre sans être, auparavant, replacée dans le contexte plus large de l'évolution du rôle de l'État (section 1).

Section 1. Le contexte de l'émergence des obligations positives : l'avènement de l'État-providence⁹⁹⁰

D'abord conçus comme des bornes à l'action de l'État, les droits de l'homme ont traditionnellement formé le support d'obligations dites négatives à l'encontre des pouvoirs publics, consistant à exiger de leur part de s'abstenir de certains actes, ce qui était suffisant ou était considéré comme suffisant pour rendre ces droits effectifs. Cette situation correspond à la vision libérale classique qui perçoit l'État comme une menace pour les droits individuels et

⁹⁸⁹ Sur cette question : D. Capitant, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, thèse de doctorat, Paris, LGDJ, 2001 ; L. Sasso, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux, étude comparée de droit allemand, européen et français*, thèse de doctorat, Caen, 1999, ronéo ; D. Spielmann, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », in F. Sudre (dir.) *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 133-174 ; F. Sudre, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln, Heymanns, 2000, pp. 1359-1377 (cet article est une mise à jour de celui paru en 1995 : *idem*, *RTDH* 1995, p. 364 *sqq.*) ; F. Tulkens, « Les droits sociaux dans la jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in C. Grewe et F. Benoit-Rohmer (dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2003 (pp. 117-143), pp. 136-138. Voir également : O. de Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux, transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européen*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 357-390 ; *idem*, « L'interdépendance des droits et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux », *L'Europe des libertés*, numéro spécial 2001, *Le mécanisme de contrôle de l'application de la Charte sociale européenne*, actes de la journée d'étude du 10 novembre 2000, Institut des hautes études européennes, Strasbourg, pp. 19-31 (notamment pp. 20-22) ; ou encore, J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2002, 2^e éd., pp. 36-38.

⁹⁹⁰ Pour une description de la dynamique égalitaire des sociétés démocratiques actuelles vers un État toujours plus interventionniste : voir D. Schnapper, *La démocratie providentielle – Essai sur l'égalité contemporaine*, Paris, Gallimard, 2002, notamment p. 47 *sqq.* : « L'État d'intervention a pour vocation de s'étendre sans limites, dans la mesure où les besoins auxquels il s'efforce de répondre et les inégalités qu'il prétend corriger sont illimités » (p. 47).

prône une intervention minimale de la puissance publique dans les rapports sociaux. Peu à peu, cependant, le rôle de l'État moderne a évolué, faisant place à une conception plus interventionniste des missions étatiques dans l'organisation de la société : désormais, l'action publique n'est plus seulement regardée comme une entrave à la liberté, mais encore comme le vecteur de la liberté, la condition de sa possibilité. Les droits protégés par la Convention européenne ont alors commencé à former, d'une manière qui reste tout de même résiduelle, le support d'obligations nouvelles, dites positives, à l'égard des pouvoirs publics, consistant à exiger de leur part de prendre certains actes en vue d'une certaine effectivité des droits individuels. Jusqu'ici les droits avaient principalement pour fonction de sanctionner des mesures excessives de la part des pouvoirs publics ; depuis peu, ils ont aussi pour fonction de sanctionner des mesures insuffisantes de leur part. Comme l'expose la Cour, dès les années 1970, à propos de l'article 8 protégeant le droit au respect de la vie privée et familiale : « si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'État de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale. Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux »⁹⁹¹. Cette opposition ne doit cependant pas être exagérée, comme le constate la Cour : « la frontière entre les obligations positives et négatives de l'État au titre de cette disposition ne se prête toutefois pas à une définition précise »⁹⁹². Plutôt qu'une dichotomie entre les deux types de commandement, il s'agit davantage d'un *continuum*, tant ils sont parfois « étroitement imbriqués »⁹⁹³. Du point de vue de la philosophie libérale qui sous-tend

⁹⁹¹ CourEDH, *X. et Y. c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, § 23 : le choix de cet arrêt résulte de ce qu'il résume, concernant l'article 8, les principes dégagés dans l'affaire *Marckx c. Belgique*, plus ancienne, du 13 juin 1979. Voir aussi, pour les mêmes raisons : CourEDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, § 32.

⁹⁹² Voir par exemple CourEDH, *Gül c. Suisse*, 19 février 1996, § 38.

⁹⁹³ F. Sudre, « Les obligations positives... », *op. cit.*, p. 1374. Tout d'abord parce que, dans certains cas, un même agissement étatique peut être analysé suivant les deux perspectives, particulièrement les hypothèses où l'agissement est une décision (idée d'action) de refus (idée d'inaction) de la part de l'État de faire droit à une prétention individuelle : Frédéric Sudre fournit à cet égard deux exemples typiques. Dans l'affaire *Sterjna c. Finlande* du 25 novembre 1994, rien n'explique que le refus des autorités finlandaises de permettre au requérant de changer de patronyme ait été considéré comme une ingérence passive plutôt qu'une ingérence active. Dans l'affaire *Keegan c. Irlande* du 26 mai 1994, rien ne justifie vraiment non plus que le placement d'un enfant en vue de son adoption sans le consentement et à l'insu de son père, ait été analysé sous l'angle de l'obligation négative (ne pas séparer abusivement une famille) de préférence à celui de l'obligation positive habituelle en cette circonstance (bénéficiaire, autant que possible, de mesures propres à la réunion de la famille). L'idée d'une continuité entre les deux types d'obligations se vérifie ensuite dans les situations ordinaires suivantes. Elles concernent d'abord des mesures de conciliation de droits contradictoires : en conciliant les droits, l'État limite sans doute le droit des uns, mais il protège par là même le droit des autres. Il ressort, par exemple, de la jurisprudence *Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche* du 21 juin 1988 que l'exercice d'une « liberté réelle et effective de réunion pacifique » protégé par l'article 11 ne suppose pas seulement un simple devoir d'abstention de l'État qui aurait été satisfait du seul fait de ne pas avoir interdit les deux manifestations qui, en l'espèce, étaient prévues dans un même lieu et ont dégénéré ; il appelle également une prestation de l'État consistant à « adopter des mesures raisonnables et appropriées afin d'assurer le déroulement pacifique des manifestations licites » (§ 34), ce qui peut notamment signifier le déploiement d'effectifs de police appropriés. En résumé, du point de vue des individus : le droit de contre-manifester ne peut pas aller jusqu'à paralyser l'exercice du droit de manifester. Du point de vue de l'État : il y a une imbrication étroite entre l'absence

les droits de l'homme, cette nouvelle dimension de leur juridicité se justifie tant que la finalité poursuivie reste celle qui prévaut pour les obligations négatives, à savoir l'autonomie de l'individu⁹⁹⁴, une autonomie qui se veut juridiquement plus effective. Pour le dire de manière universalisante et quelque peu "rawlsienne" : elle demeure moralement légitime tant qu'elle recherche la plus grande autonomie possible pour chacun, tout en restant compatible avec celle d'autrui⁹⁹⁵.

Dans le champ du droit international, Jean-François Flauss a pu faire remarquer que « la théorie des obligations positives de l'État n'est en définitive qu'une version améliorée de la théorie de la "due diligence", chapitre classique de la responsabilité internationale de l'État : c'est d'ailleurs ce qu'exprime sans ambages la Cour interaméricaine des droits de l'homme »⁹⁹⁶ et l'esprit dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme recourt à cette notion.

d'ingérence active due à l'inexistence de mesures excessives et la présence d'une ingérence passive en l'absence de mesures satisfaisantes ; en effet, la première appelle presque naturellement la seconde (à propos de la conciliation des droits et de son lien avec la notion d'obligation positive : L. Sasso, *op. cit.*, p. 138). Un autre type de situation concerne ensuite l'attitude de l'État à l'égard des mesures de mise en œuvre incontournables qu'implique un droit comme le droit protégé par l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole additionnel, selon lequel « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens ». Cette disposition ordonne bien évidemment une obligation négative, qui est d'interdire les restrictions injustifiées de « privation » (§ 1 de l'article) ou de « réglementation » (§ 2 de l'article) de la propriété. Toutefois, l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole peut très bien s'interpréter de façon à fonder une obligation positive consistant en la mise en place ou le maintien du cadre législatif ayant pour objet d'instituer, d'aménager, de mettre en œuvre le droit proclamé par cet article, cadre législatif sans lequel le droit énoncé ne pourrait être exercé (ou entièrement exercé). Il est alors difficile de savoir sous quel angle envisager le problème en question : obligation négative de ne pas abroger certaines dispositions législatives protectrices ou obligation de maintenir les dispositions législatives en question ? À ce sujet voir les développements consacrés par D. Capitain concernant les garanties institutionnelles des droits fondamentaux en Allemagne, qui s'analysent en réalité comme une forme particulière de l'obligation positive d'aménagement de ces droits : *op. cit.*, pp. 222-233 ; ou bien ceux de L. Sasso : *op. cit.*, pp. 102-123.

⁹⁹⁴ En Allemagne, cette nouvelle dimension des droits fondamentaux est justifiée par des théories qui lui donnent un fondement objectif, ce qui n'est pas sans risque pour la philosophie des droits de l'homme. À propos de la mise en péril de la visée d'autonomie individuelle par une doctrine excessivement « objectivante » : O. Jouanjan, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA* numéro spécial (*Les droits fondamentaux*), 20 juillet – 20 août 1998 (pp. 44-51, particulièrement p. 48 *sqq.*).

⁹⁹⁵ Nous faisons ici référence à la philosophie politique de J. Rawls et plus précisément au premier des deux principes de justice qu'il énonce. Ils sont les suivants : « en premier lieu : chaque personne doit avoir un droit égal au système le plus étendu de libertés de bases égales pour tous qui soit compatible avec le même système pour les autres ; en deuxième lieu : les inégalités sociales et économiques doivent être organisées de façon à ce que, à la fois, (a) l'on puisse raisonnablement s'attendre à ce qu'elles soient à l'avantage de chacun, et (b) qu'elles soient attachées à des positions et à des fonctions ouvertes à tous » ; J. Rawls, *Théorie de la justice*, C. Audard (trad.), Paris, Seuil, 1987, p. 91 ; voir également D. Sabbagh, « Les politiques de discrimination positive et la théorie de la justice de John Rawls », *Droits* 1999, n° 29, pp. 177-194 ; J. Bidet, « Égalité des chances et principe de différence. Une réinterprétation », in G. Koubi et G.J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances – Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, pp. 51-67.

⁹⁹⁶ J.-F. Flauss, « Le droit international des droits de l'homme face à la globalisation économique », in *Commerce mondial et protection des droits de l'homme – les droits de l'homme à l'épreuve de la globalisation des échanges économiques*, Publications de l'Institut international des droits de l'homme (Strasbourg), Bruxelles, Bruylant, 2001 (pp. 217-256), p. 228 ; CourIADH, *Velasquez Rodriguez c. Honduras*, 29 juillet 1988, *Série C* n° 7, § 167 (observations G. Cohen-Jonathan, *RGDIP* 1990, p. 455), arrêt cité par F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 5^e éd., 2001, § 134, p. 203.

Section 2. La définition de la notion d’obligation “positive” : éléments de systématisation

Compte tenu du fait que la théorie des obligations positives se présente comme une doctrine globale, la définition qu’il est possible d’en donner reste relativement abstraite (§ 1), et dépend ensuite de la spécificité de chaque droit (§ 2).

§ 1. Proposition d’une définition globale : une obligation de prendre des mesures pour améliorer l’effectivité des droits

Une des principales complications introduites par les obligations positives tient au fait que la détermination de leur contenu implique un travail interprétatif encore plus important que pour les obligations négatives. Cette plus grande latitude d’appréciation laissée au juge pour dégager la teneur d’une obligation positive pose le problème bien connu des limites d’une telle compétence et de la légitimité qui la fonde, c’est-à-dire des contours de la fonction juridictionnelle. L’autre difficulté vient de ce que le phénomène des obligations positives est assez récent, de sorte que la jurisprudence et la doctrine commencent seulement à baliser la matière.

Le droit de la Convention est assez évasif sur la notion d’obligation positive. Certaines obligations positives découlent du texte conventionnel de façon explicite, à l’instar de l’article 5 § 5 (indemniser la victime d’une arrestation ou d’une détention arbitraire), de l’article 6 § 3 (fournir à l’accusé l’assistance gratuite d’un avocat d’office ou d’un interprète) et de l’article 3 du 1er Protocole additionnel (organiser des élections libres). Les autres dérivent du texte conventionnel d’une manière implicite en ce sens qu’elles sont “découvertes” par le juge européen. Les explications qu’il veut bien fournir à l’appui d’un tel travail sont assez parcellaires. La Cour européenne considère même qu’elle « n’a pas à élaborer une théorie générale des obligations positives de nature à découler de la Convention »⁹⁹⁷. Il paraît néanmoins possible de dégager plusieurs critères distinctifs permettant d’établir une telle théorie : ils sont précisément au nombre de quatre.

Premièrement, une telle obligation somme l’État, selon les termes de la Cour dans les décisions *Powell et Rayner* du 21 février 1990 et *Lopez Ostra* du 9 décembre 1994, d’« adopter des *mesures raisonnables et adéquates* pour protéger les droits » que l’individu

⁹⁹⁷ CourEDH, *Plattform « Ärzte für das Leben »*, précit.

tient de la Convention⁹⁹⁸. Dès lors, l'absence ou l'insuffisance de telles mesures s'analyse comme une « ingérence passive »⁹⁹⁹ de l'État dans la sphère protégée par le droit en cause. Citons, à titre illustratif, à propos de l'article 8 : l'absence d'une législation protectrice du statut juridique de l'enfant né hors mariage¹⁰⁰⁰ ou encore le défaut de mesures propres à remédier aux émanations nauséabondes d'une station d'épuration d'une tannerie proche d'une habitation¹⁰⁰¹. Deuxièmement, ces mesures sont considérées comme « inhérentes à un respect effectif » de certains droits, suivant la fameuse expression de l'arrêt *Marckx* du 13 juin 1979¹⁰⁰², c'est-à-dire qu'elles sont commandées par la nécessité de « protéger des droits non pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs » selon une autre formule célèbre énoncée dans l'arrêt *Airey* du 9 octobre 1979¹⁰⁰³. Dans cette affaire, la requérante n'avait pas pu, faute d'aide judiciaire en Irlande, saisir un tribunal compétent pour déclarer une séparation de corps. La Cour précise qu'« un respect effectif de la vie privée ou familiale impose à l'Irlande de rendre ce moyen effectivement accessible, quand il y a lieu, à quiconque désire l'employer »¹⁰⁰⁴. Troisièmement, l'arrêt *Botta* du 24 février 1998 est venu préciser les conditions dans lesquelles une obligation positive peut, ou non, trouver à s'appliquer : la Cour y explique à propos de l'article 8 que jusque là, elle « a conclu à l'existence de ce type d'obligations à la charge d'un État lorsqu'elle a constaté la présence d'un lien *direct et immédiat* entre, d'une part, les mesures demandées par un requérant et, d'autre part, la vie privée et/ou familiale de celui-ci »¹⁰⁰⁵. En l'espèce, le droit revendiqué par le requérant porte sur une question « d'un contenu si *ample et indéterminé* qu'aucun lien direct entre les mesures exigées de l'État pour remédier aux omissions [...constatées] et la vie privée de l'intéressé,

⁹⁹⁸ CourEDH, *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, 21 février 1990 et CourEDH, *Lopez Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994 ; l'italique à l'intérieur de la citation est de notre fait. Ces décisions sont indiquées par F. Sudre comme étant les seules où figure une telle définition (« Les obligations positives... », *op. cit.*, p. 1359 *sqq.*) ; cependant on trouve déjà la formule selon laquelle « il incombe aux États contractants d'adopter des mesures raisonnables et appropriées » dans l'affaire *Plattform « Ärzte für das Leben »* (précit., § 34).

⁹⁹⁹ La terminologie d'« ingérence passive » est proposée par F. Sudre, (« Les obligations positives... », *op. cit.*, p. 1364, § 14) ; nous hésitons à nous en servir de façon banalisée dans la mesure où elle constitue un oxymore, qui de ce fait demeure quelque peu problématique.

¹⁰⁰⁰ CourEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979. Il est fondamental de préciser que nous donnons ici un exemple d'obligation positive fondée sur l'article 8 envisagé isolément (obligation positive destinée à rendre effectif le droit à vie familiale) et non sur l'article 14 combiné à celui-ci. Nous le démontrerons par la suite, l'arrêt *Marckx* est certes une illustration de la théorie des obligations positives, mais uniquement sur le terrain de l'article 8 considéré isolément, et non sur celui de l'article 14. Sur le terrain du droit à la non-discrimination, l'affaire *Marckx* illustre la fonction défensive traditionnelle de l'article 14 (pour le détail des explications : voir *supra* : p. 213.).

¹⁰⁰¹ CourEDH, *Lopez Ostra*, précit.

¹⁰⁰² CourEDH, *Marckx*, précit., § 31 ; l'italique à l'intérieur de la citation est de notre fait. Cette assertion a été ensuite reprise comme un leitmotiv à propos de l'article 8. Pour une illustration du rôle de l'effectivité dans le domaine d'une autre disposition : à propos de l'article 11, la Cour – dans l'affaire *Plattform « Ärzte für das Leben »* du 21 juin 1988 – affirme qu'« une liberté réelle et effective ne s'accommode pas d'un simple devoir de non-ingérence [...] [elle] rappelle [*sic* comprendre "appelle"] parfois des mesure positives » (§ 32).

¹⁰⁰³ CourEDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, § 24.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*, § 33.

¹⁰⁰⁵ CourEDH, *Botta c. Italie*, 24 février 1998, § 34 (l'italique est de notre fait). Pour une confirmation de la jurisprudence *Botta* : voir la décision sur la recevabilité *Zehnalova et Zehnal c. République tchèque*, 14 mai 2002, n° 38621/97.

n'est envisageable »¹⁰⁰⁶. Quatrièmement, enfin, le dernier élément utile à la compréhension de la dimension positive des droits protégés par la Convention réside dans la relative flexibilité de la contrainte juridique pesant sur l'État. Ce dernier dispose, en la matière, d'une marge d'appréciation quant au « *choix* des mesures »¹⁰⁰⁷ à prendre afin de garantir un respect effectif du droit individuel en cause. En d'autres termes, les États européens bénéficient d'une certaine latitude dans le choix des moyens, mais celle-ci reste enserrée dans un cadre : celui du résultat à atteindre. Assurément, cette marge d'appréciation, à laquelle la Cour se réfère explicitement depuis la décision *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* du 28 mai 1985¹⁰⁰⁸, n'est pas illimitée : elle varie selon les critères habituels (les circonstances de temps et de lieu, la nature du droit en cause ou des activités en jeu, le but de l'ingérence dans le droit, l'existence ou non d'un « dénominateur commun » aux systèmes juridiques des États contractants). Cependant, il n'en reste pas moins que, structurellement, dans le domaine des obligations positives, la marge nationale d'appréciation demeure nettement plus grande que dans celui des obligations défensives.

Au terme de cette jurisprudence, nous nous proposons de définir le régime de l'obligation positive dans le cadre du contrôle juridictionnel qu'organise la Convention européenne des droits de l'homme comme suit. Un droit induit une obligation positive quand son objet est suffisamment précis et déterminé pour faire apparaître qu'il ne peut parvenir à l'effectivité ou à une meilleure effectivité autrement que par l'adoption d'une mesure nationale complémentaire dont le contenu n'est prédéterminé que dans la seule portion du lien direct et immédiat que cette norme entretient avec l'amélioration de l'efficacité de ce droit¹⁰⁰⁹.

Se retrouvent, dans cette définition, les quatre éléments exposés à l'instant : 1/ la condition de *précision* de l'objet que protège le droit (pour le dire simplement, le droit ne doit pas être trop « vague ») ; 2/ la condition téléologique de l'*effectivité* que l'adoption d'une mesure complémentaire procure au droit (autrement dit, la loi sollicitée doit être le moyen qui

¹⁰⁰⁶ CourEDH, *Botta*, précit., § 35 (l'italique est de notre fait). Cette affaire concerne la non-adoption par l'Italie de mesures propres à remédier aux omissions imputables à des établissements de bains privés et empêchant l'accès des handicapés à une plage et à la mer. La Cour a conclu à l'inapplicabilité de l'article 8 car « en l'espèce, le droit revendiqué par M. Botta, à savoir celui de pouvoir accéder à la plage et à la mer loin de sa demeure habituelle pendant les vacances, concerne des relations interpersonnelles d'un contenu si ample et indéterminé qu'aucun lien direct entre les mesures exigées de l'État pour remédier aux omissions des établissements de bains privés et la vie privée de l'intéressé, n'est envisageable. Partant, l'article 8 ne s'applique pas » (§ 35).

¹⁰⁰⁷ CourEDH, *X. et Y. c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, § 24 (l'italique est de notre fait).

¹⁰⁰⁸ Comme le note F. Sudre (« Les obligations positives... », *op. cit.*, p. 1369, § 24), dans ses arrêts antérieurs à la décision *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, la Cour a accordé cette liberté de choix sans référence à la marge nationale d'appréciation, ce qui impliquait – selon lui – un contrôle encore plus réduit que postérieurement. Dans son arrêt *Airey* du 9 octobre 1979, la Cour affirme ainsi qu'il ne lui appartient pas « de dicter les mesures à prendre, ni même de les indiquer ; la Convention se borne à exiger que l'individu jouisse de son droit effectif d'accès à la justice selon des modalités non contraires à l'article 6 § 1 » (§ 26).

¹⁰⁰⁹ Pour être plus rigoureux, mais au risque d'alourdir le style, il faudrait dire : « l'amélioration de l'*effectivité de l'objet (précis et déterminé) que protège ce droit* ». Cette précision a pour but de souligner que le lien exigé est celui qui doit exister entre l'objet du droit conventionnel et l'objet de la norme additionnelle sollicitée.

permet de conférer un “effet utile” au droit) ; 3/ la condition d’*étroitesse du lien* entre celle-ci et celui-là (la loi réclamée doit pouvoir se rattacher à l’objet que protège le droit d’une manière qui n’est pas trop “indirecte”), et enfin 4/ le *degré minimal de conditionnement* du contenu de celle-ci par celui-là (en d’autres termes, l’indication des mesures à prendre par l’État¹⁰¹⁰ se fait dans une proportion qui est celle, mais qui n’est que celle, du résultat à atteindre).

§ 2. Suggestion d’une approche topique : une obligation de prendre des mesures conditionnée par la spécificité de chaque droit

La question qui se pose est celle de savoir s’il est possible d’affiner plus avant cette définition de la notion d’obligation positive dans le cadre de la Convention européenne des droits de l’homme.

À cette fin, il pourrait être envisageable de prendre appui sur la catégorisation proposée par une partie de la doctrine à la suite de Frédéric Sudre, qui différencie deux types d’obligations positives : celles où l’abstention de l’État est constitutive en soi d’une méconnaissance du droit garanti, et celles où l’abstention de l’État est constitutive d’une ingérence d’autrui dans le droit garanti¹⁰¹¹. Cette distinction se situe dans le droit fil de la dogmatique allemande qui distingue entre, d’un côté les obligations dites d’ « aménagement » ou de « promotion », et de l’autre les obligations dites « de protection » ou assurant un « effet horizontal indirect »¹⁰¹². Elle appelle un examen plus détaillé.

En premier lieu, les obligations de “promotion” : elles concerneraient prioritairement la relation (verticale) de l’individu avec l’État ; elles auraient pour but d’améliorer l’effectivité d’une liberté pour elle-même, l’individu étant considéré isolément. Ainsi, dans le domaine du droit à un procès équitable que sauvegarde l’article 6, la Cour a par exemple sanctionné une carence des moyens mis à la disposition des juridictions pour faire face à l’engorgement de leur rôle¹⁰¹³.

¹⁰¹⁰ Nous reprenons ici les termes de la célèbre formule de la Cour selon laquelle « il ne lui appartient pas d’indiquer les mesures à prendre » par l’État condamné (voir par exemple, CourEDH, *Johnston c. Irlande*, 18 décembre 1986, § 77).

¹⁰¹¹ Dans le domaine de la Convention européenne des droits de l’homme, on doit cette distinction à F. Sudre : voir F. Sudre, « Les obligations positives... », *op. cit.*, p. 1359 *sqq.*

¹⁰¹² D. Capitant parle respectivement d’obligations d’ « aménagement » et de « protection » (*op. cit.*, p. 208 et p. 238) ; L. Sasso utilise le vocable d’obligations de « promotion » et de « protection » (*op. cit.*, p. 15) ; O. De Schutter use, quant à lui, des expressions d’obligations de « réalisation » et de « protection » (*op. cit.*, p. 20).

¹⁰¹³ Voir notamment CourEDH, *Bezicheri c. Italie*, 25 octobre 1989 ; ou encore CourEDH, *E. c. Norvège*, 29 août 1990, § 66. Pour des exemples concernant d’autres articles, voir F. Sudre, *op. cit.*, p. 1365, § 15.

En second lieu, les obligations de “protection” : elles auraient, quant à elles, un objet qui concerne principalement la relation (horizontale) d’individu à individu à travers la médiation de la loi que l’État doit adopter¹⁰¹⁴ ; elles auraient pour but d’améliorer l’effectivité d’une liberté en la protégeant contre les atteintes qui peuvent lui être portées par des tiers, l’individu étant envisagé dans ses rapports interindividuels¹⁰¹⁵. Considérées dans une perspective générale, les obligations de “protection” procèdent du constat que la puissance publique n’est pas la seule manifestation du pouvoir en société et que la violation des droits de l’homme peut n’être pas exclusivement le fait de l’État, mais aussi celui de particuliers. Or, dans le système de la Convention européenne, une personne relevant de la juridiction d’un État ne peut exercer de recours devant la Cour que contre cet État, et non contre un particulier ; la relation privée est, comme telle, soustraite à sa compétence. Cependant, par le biais de la théorie des obligations positives, il est possible, pour un individu, de se plaindre de ce qu’il n’existe pas dans l’État en cause une législation qui aurait permis de le protéger contre l’atteinte portée par des tiers aux droits formulés dans la Convention. Considérées dans une perspective plus technique, les obligations de “protection” correspondraient au schéma suivant : en matière d’effet horizontal indirect, l’inaction de l’État ne constitue pas en soi une violation du droit énoncé par la Convention, elle ne constitue une violation de ce droit que parce qu’elle a permis que des tiers puissent y porter atteinte. Afin de parer à une telle situation, la Cour européenne aurait fait produire à certaines dispositions de la Convention une obligation positive de “protection” visant à exiger de l’État, dont le système juridique a été jugé défaillant, l’adoption d’une loi ayant pour objet d’empêcher qu’une telle violation ne se reproduise. Cette loi joue ainsi le rôle d’un médium, lequel aurait essentiellement pour effet d’élargir l’opposabilité du droit formulé par la Convention à un débiteur qui est la personne privée (et non plus l’État). Toutefois, il faut instantanément préciser que cette personne privée ne rend pas compte de ses agissements devant le juge européen (comme c’est le cas pour l’État), mais devant le juge national, lequel fera respecter la loi nationale dont l’adoption avait paru nécessaire à la Cour européenne. Dans ces conditions, le droit à partir duquel une telle obligation positive a été déduite produit, en quelque sorte, un “effet horizontal indirect” (par le biais de la loi nationale dont l’édition a été sollicitée). En d’autres termes, le comportement de la personne privée n’est pas contrôlé directement par rapport aux droits de la Convention ; il ne l’est qu’indirectement, par rapport aux droits de la Convention tels qu’ils sont introduits par la législation suscitée par l’obligation positive de “protection” à la charge de l’État. À titre d’exemple, la Cour a condamné les Pays-Bas en raison d’une lacune dans leur législation, laquelle ne permettait pas de faire engager des poursuites contre l’auteur de violences sexuelles sur une personne handicapée mentale et mineure de plus de seize ans. Depuis, une loi est venue amender le code pénal néerlandais pour rendre une telle action

¹⁰¹⁴ L’intervention de la loi introduit une relation qui est, quant à elle, d’ordre vertical ; c’est la raison pour laquelle l’effet que le juge européen fait produire au droit énoncé dans la Convention est qualifié d’effet horizontal *indirect*.

¹⁰¹⁵ Pour une étude pays par pays : A. Drzemczewski, « La Convention européenne des droits de l’homme et les rapports entre particuliers », *CDE* 1980, pp. 3-24.

possible et ainsi protéger de manière effective le droit au respect de la vie privée des malades mentaux, garanti par l'article 8, contre les atteintes des tiers¹⁰¹⁶. Un tel raisonnement a aussi été appliqué par la Cour européenne dans sa décision *Young, James et Webster* à propos de la liberté syndicale. À la suite de la Commission, la Cour a prononcé, dans cette affaire, la violation de l'article 11 de la Convention au motif que « le droit en vigueur à l'époque [...] a rendu licite le traitement dont se plaignent les intéressés »¹⁰¹⁷. De fait, il avait été reproché au Royaume-Uni de ne pas disposer d'une législation qui régleme le droit privé de façon à empêcher que dirigeants d'entreprise et organisations syndicales puissent porter atteinte au droit des employés à la liberté d'association, garanti par l'article 11 de la Convention. Selon la Cour, une telle liberté implique qu'un individu ait la possibilité de ne pas s'associer ; ce qui n'était pas le cas en l'espèce puisque, selon une longue tradition, le droit britannique n'interdisait pas qu'employeurs et syndicats pussent conclure des accords imposant au salarié, comme une condition à l'emploi, l'affiliation à une organisation syndicale désignée.

Quelques remarques à propos de cette distinction entre obligations positives dites de "promotion" et de "protection". D'abord, elle n'est pas transposable à tous les droits du traité¹⁰¹⁸. Ensuite, cette dichotomie n'est pas complètement étanche¹⁰¹⁹. Plus fondamentalement peut-être, et contrairement à ce que l'on pourrait croire au premier abord, dans le cadre d'une obligation positive de "protection", c'est-à-dire d'une obligation permettant à la Convention de produire un « effet horizontal indirect », la question qui se pose ne se résume pas à un simple problème d'opposabilité du droit en cause. Il nous semble qu'il est largement illusoire de croire que la loi sollicitée (qui est le canal dudit « effet horizontal indirect » des droits garantis par la Convention) se contenterait d'élargir le champ des débiteurs des droits en question, débiteurs qui ne seraient plus seulement les autorités publiques, mais désormais aussi les simples particuliers. En effet, les conditions dans lesquelles un particulier peut opposer un droit énoncé par la Convention à un autre particulier sont le plus souvent très différentes de celles qu'un individu peut faire valoir à l'encontre de l'État, eu égard à la spécificité des rapports de droit privé. En clair, le régime de garantie des droits de l'homme à l'encontre des agissements des particuliers semble très éloigné du régime

¹⁰¹⁶ CourEDH, *X. et Y. c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, §§ 23-24.

¹⁰¹⁷ CourEDH, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, § 49.

¹⁰¹⁸ En effet, les obligations de "protection" contre les ingérences des tiers ne peuvent pas s'appliquer à certains articles de la Convention qui, par leur nature même, ne s'adressent qu'aux autorités publiques. C'est le cas, par exemple, des trois premiers articles du Protocole n° 7 qui prévoient respectivement des garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers, un double degré de juridiction et un droit d'indemnisation en cas d'erreur judiciaire.

¹⁰¹⁹ L'exemple d'une banale conciliation de droits est là pour le prouver. Dans l'affaire *Plattform « Ärzte für das Leben »*, le droit de réunion protégé par l'article 11 oblige positivement l'État à « adopter des mesures raisonnables et appropriées afin d'assurer le déroulement pacifique des manifestations licites » (CourEDH, *Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche*, 21 juin 1988, § 34). En procédant, comme en l'espèce, à un déploiement d'effectifs de police, l'État autrichien a protégé la manifestation des uns de l'ingérence que risquait de constituer la contre-manifestation des autres (obligation de "protection"), mais par ce biais, il a aussi permis aux deux cortèges de s'exprimer (obligation de "promotion").

de garantie des droits de l'homme à l'encontre des agissements de l'État¹⁰²⁰. Voilà pourquoi il n'est pas possible de réduire l'obligation positive assurant un "effet horizontal indirect" à une pure question d'extension du champ d'application *ratione personae* des articles formulé par le traité européen. Cela est particulièrement vrai dans le domaine de la non-discrimination – contrairement à ce que l'on pourrait penser au premier abord – de sorte que la reconnaissance d'une obligation positive de "protection" de l'égalité soulève à peu près les mêmes difficultés que celle d'une obligation positive de "promotion" de l'égalité.

De façon générale, il semble que la question de la découverte de l'existence d'une obligation positive prend un relief spécifique pour chaque droit. C'est la raison pour laquelle il est assez difficile de préciser plus avant la description des obligations positives, compte tenu du fait que les mesures nécessaires pour assurer une effectivité minimale ou optimale d'un droit dépendent, à chaque fois, de la spécificité du droit examiné par le juge, de la structure normative propre à chacun des droits énoncés par le traité européen et de la particularité de la situation de fait à laquelle on prétend appliquer une obligation de ce type. Il semble que la Cour n'exprime pas autre chose lorsqu'elle considère qu'elle « n'a pas à élaborer une théorie générale des obligations positives de nature à découler de la Convention, mais [qu'] il lui faut interpréter » la disposition en cause devant elle pour pouvoir décider de l'existence ou non d'une telle obligation¹⁰²¹. La seule systématisation valable est, pour ainsi dire, une théorie régionale, une approche topique, propre à chaque intérêt garanti par la Convention, une théorie « inhérente au respect effectif »¹⁰²² de chaque droit qu'énonce ce traité, pour reprendre les termes de la Cour européenne.

Dès lors que la théorie des obligations positives est justifiée par la recherche de « l'effectivité » des droits garantis par la Convention, leur « effet utile » – pour reprendre une autre expression de la Cour européenne – le premier problème à résoudre concerne le rapport qu'entretient l'idée d'égalité avec celle d'effectivité. Comment l'égalité parvient-elle à l'effectivité ? Ou bien que signifie rendre l'égalité plus effective ? Eu égard à la définition de l'obligation positive précédemment dégagée, l'article 14 de la Convention et l'article 1er du Protocole n° 12 soulèvent ensuite une seconde série de questions. Le droit à la non-discrimination nécessite-t-il l'adoption d'une mesure nationale complémentaire pour parvenir à l'effectivité, ou à une *meilleure* effectivité ? À quel genre de législation cela correspondrait-il concrètement ? Quelles sont les conditions qui devraient être réunies pour éventuellement obliger un État à édicter une réglementation destinée à améliorer l'effectivité de l'égalité ? L'objet du droit à l'égalité de traitement, tel qu'il est défini par les articles pertinents du traité

¹⁰²⁰ Qu'il s'agisse de la définition des cas de violation ou qu'il s'agisse de la question des modalités de l'invalidation, de la modification ou de la réparation de l'acte à l'origine de la violation devant un juge national, toutes ces questions se posent dans des termes qui sont spécifiques aux relations entre particuliers (pour exemple, il suffit de mentionner les mesures nationales répressives d'ordre pénal destinées à empêcher la survenance de tels actes entre particuliers ; celles-ci n'ont pas vraiment d'équivalent du côté étatique).

¹⁰²¹ CourEDH, *Plattform « Ärzte für das Leben »*, précit.

¹⁰²² CourEDH *Marckx*, précit., § 31.

européen, est-il suffisamment précis et déterminé pour pouvoir orienter le contenu de la loi nationale complémentaire destinée à le rendre plus effectif ?¹⁰²³ Existe-t-il des restrictions explicites, résultant du texte du traité ? Autrement dit, ces deux articles comportent-ils des mentions qui tendraient à limiter expressément une éventuelle dimension positive du droit qu'ils énoncent ? Le problème se pose-t-il dans les mêmes termes selon qu'il s'agit de l'article 14 de la Convention ou de l'article 1er du Protocole n° 12 ? C'est à toutes ces questions qu'il faut maintenant répondre.

¹⁰²³ Plus rigoureusement : l'objet de ce droit est-il suffisamment précis et déterminé pour pouvoir conditionner – d'une manière qui, par définition, n'est pas maximale, mais qui doit être au moins minimale – le contenu de la loi nationale complémentaire destinée à le rendre plus effectif ? Pratiquement : tels qu'ils sont formulés, l'article 14 de la Convention et l'article 1^{er} du Protocole n° 12 possèdent-ils un objet qui est décrit de façon suffisamment claire et concrète pour qu'il puisse en être déduit une obligation d'agir à la charge des États contractants à la Convention ?

Chapitre 1. L'article 14 de la Convention et l'article 1er du Protocole n° 12 pourraient-ils induire des obligations positives aux fins d'une égalité plus effective ?

La transposition de la théorie des obligations positives sur le terrain de l'égalité ne semble pas sans difficulté. C'est pourquoi il est d'abord indispensable d'identifier – avec soin et à un niveau qui reste général – les principales complications qu'une telle opération susciterait (section 1). Ces enjeux fonciers une fois cernés, il sera ensuite possible d'examiner – dans le détail et au niveau le plus concret – dans quelle mesure le principe d'égalité tel qu'il est consigné dans l'article 14 de la Convention et dans l'article 1er du Protocole n° 12, pourrait, le cas échéant, être apte à constituer le support d'obligations positives (section 2).

Section 1. La transposition de la notion d'obligation positive dans le cadre de l'article 14 de la Convention ou de l'article 1er du Protocole n° 12 soulèverait des problèmes considérables

L'importation de la notion d'obligation positive dans le cadre de l'article 14 de la Convention ou de l'article 1er du Protocole n° 12 – si elle devait être envisagée – poserait des problèmes non négligeables : elle entraînerait notamment un changement radical de l'acception actuelle de la nature du principe de non-discrimination, tant au niveau de son champ d'application (§ 1), que de la teneur de l'obligation qu'il pose (§ 2). En matière d'égalité, la ligne de fracture entre la traditionnelle dimension défensive du principe d'égalité et une éventuelle dimension positive serait particulièrement marquée, de sorte que l'acte qui consisterait à interpréter les clauses de non-discrimination inscrites dans le traité européen de manière à occasionner des obligations positives n'aurait rien d'anodin.

§ 1. Le problème du changement radical de la nature du champ d'application de la clause d'égalité

La question ici posée est de savoir quel est le type de situation dans laquelle la théorie des obligations positives pourrait, en matière d'égalité, avoir un sens et éventuellement trouver à s'exercer ; et parallèlement, quel est le type de comportement étatique qui pourrait être sanctionné par le juge européen sur la base d'une telle théorie (B) ; ceci, par contraste avec la nature actuelle du champ d'application du principe de non-discrimination (A).

A. La nature actuelle du champ d'application de la clause d'égalité : des intérêts relevant de la sphère publique

Il est d'abord primordial de garder à l'esprit que, jusqu'à ce jour, le principe d'égalité, tel qu'il est garanti par la Convention européenne des droits de l'homme, a pour objet de contraindre juridiquement la manière d'agir des pouvoirs publics, ce qui signifie qu'il présuppose toujours l'action étatique. Ainsi qu'il est traditionnellement compris, l'impératif d'égalité ne naît, n'émerge, n'accède à l'existence juridique qu'à l'instant où les pouvoirs publics agissent, que cet agissement soit contraint ou librement consenti¹⁰²⁴. Le

¹⁰²⁴ Sous l'empire de l'article 14, la Commission et la Cour expriment très bien cette idée dans l'*Affaire linguistique belge* : voir CourEDH, 23 juillet 1968, *Série A* n° 6, respectivement p. 29 et p. 33. La Commission précise ainsi que l'article 2 du 1^{er} Protocole protégeant le droit à l'instruction n'a pas pour effet d'obliger chaque État à créer un système d'enseignement général et officiel, mais que « "si l'État assume" librement "des fonctions" dans ce domaine, "il doit les exercer d'une manière non discriminatoire" » ; « quand un État prend de son plein gré, "des mesures positives relatives aux droits reconnus par la Convention", il doit le faire sans discrimination » (p. 29) ; la Cour reprend cette opinion dans des termes assez proches (p. 33). À ce propos, il serait certes éventuellement possible de soutenir que lorsqu'un traitement répond à l'impératif d'objectivité et de proportionnalité comparées, l'État ne satisferait pas seulement à l'"obligation de ne pas faire" mais il accomplirait dans le même temps l'"obligation de faire". Ces deux obligations seraient alors une seule et même chose, eu égard à la nature particulière, essentiellement formelle ou modale, de l'égalité. C'est en ce sens qu'il faudrait comprendre l'affirmation de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'*Affaire linguistique belge*. Pour cette dernière, « l'obligation de ne pas discriminer ne serait ni positive, ni négative », elle engendrerait « des obligations complémentaires, indépendantes de la nature de celles, positives ou négatives, qui découlent des autres textes de la Convention » ; CourEDH, précit., p. 29. Cela signifie-t-il pour autant que la théorie des obligations positives est définitivement inapplicable à la non-discrimination ? Pas exactement ou pas entièrement. Il convient de ne pas perdre de vue que cette doctrine, qui se place du point de vue des obligations de l'État, a pour vocation de remédier à un immobilisme étatique caractérisé. Dans l'*Affaire linguistique belge*, ce n'était pas tant l'inaction de l'État belge que son action qui avait été contrôlée, et plus exactement, son action au travers de la loi belge du 2 août 1963, laquelle empêchait certains enfants, sur le seul fondement de la résidence de leurs parents, d'accéder aux écoles de langue française dans les communes de la périphérie bruxelloise. Cet arrêt illustre d'une manière classique la fonction "défensive" du principe de non-discrimination qui s'applique à l'occasion d'un agissement de l'État. Lorsqu'il légifère, l'État doit traiter les individus concernés d'une manière qui est comparativement objective et proportionnée, conférant de la sorte à l'égalité toute son effectivité. En ce sens, il n'existe pas – d'un point de vue juridique – d'opposition entre "l'égalité en droit" et "l'égalité en fait". Si l'égalité juridique ainsi définie est respectée, elle est aussi une égalité en fait. S'il devait y avoir obligation positive, ce ne pourrait donc être qu'au nom d'une égalité plus effective.

commandement juridique de non-discrimination surgit concomitamment à l'action publique. Avant l'agissement de l'État, il n'existe tout simplement pas. Soulignons une dernière fois que c'est en ce sens que l'obligation de ne pas discriminer est considérée par la Commission européenne des droits de l'homme, dans l'*Affaire linguistique belge*, comme étant une obligation « conditionnelle »¹⁰²⁵. L'égalité renferme, certes, un intérêt juridique propre, mais celui-ci est suspendu à l'action des autorités publiques, il n'apparaît qu'au moment où ces dernières ont agi. Ainsi, l'article 1er du Protocole n° 12 pose une obligation qui pèse sur la manière dont l'État distribue juridiquement l'ensemble des droits ou obligations à destination des personnes qui relèvent de sa juridiction¹⁰²⁶. La même remarque vaut pour l'article 14 de la Convention à cette nuance près que lesdits droits ou obligations doivent, de surcroît, avoir une incidence sur les libertés reconnues par la Convention. Mais dans les deux cas, le champ d'application du principe d'égalité se rapporte à des actes de la puissance publique. Les intérêts tombant dans son champ d'application relèvent de la sphère publique.

Par définition, les circonstances qui présideraient à la mise en œuvre d'une hypothétique obligation positive ne seraient pas celles de l'actuelle obligation négative. D'une manière générale, ce qui différencierait ces deux cas de figure, ce serait l'attitude, passive ou active, de l'État. Dans l'hypothèse d'une obligation positive, l'abstention de l'État serait stigmatisée au motif qu'il avait le devoir d'agir afin de faire produire un "effet utile" aux droits que formule la Convention. Or, comme cela a déjà été signalé, dès l'instant où cette théorie est justifiée par la recherche de "l'effectivité" du droit énoncé par le traité européen, le premier point à élucider concerne le rapport qu'entretient l'idée d'égalité avec celle d'effectivité.

B. L'hypothèse d'une nature inédite du champ d'application de la clause d'égalité : des intérêts relevant de la sphère privée

Les questions qui se posent sont alors les suivantes. Quel est le type de situation dans laquelle il pourrait apparaître comme nécessaire de rendre l'égalité plus effective ? Il résulte de la définition de l'obligation positive que le dégagement d'une telle obligation à partir du principe d'égalité ne pourrait être motivé que par la volonté, soit de permettre à l'égalité d'être effective (parce qu'elle ne pourrait produire d'effets autrement que par le biais d'une mesure nationale complémentaire), soit de la rendre *plus* effective (en complément des effets déjà générés par l'application de la dimension "défensive" traditionnelle). Ce sont ces deux aspects qu'il convient d'examiner successivement.

¹⁰²⁵ *Ibid.*, p. 29.

¹⁰²⁶ De façon plus neutre, on pourrait dire que l'intérêt juridiquement protégé par le droit à la non-discrimination est un intérêt juridique qui a pour objet de contraindre la manière dont sont distribués les autres intérêts juridiques (et qui n'apparaît qu'au moment de cette distribution).

La première interrogation se présente comme suit : le droit à la non-discrimination nécessite-t-il l'adoption d'une mesure nationale complémentaire pour parvenir à l'effectivité ? De la même manière que le droit de recours protégé par l'article 13 de la Convention reste lettre morte si un État n'adopte pas une législation qui met en place des tribunaux et des procédures permettant aux individus de les saisir, l'article 14 réclame-t-il des mesures d'aménagement ou d'exécution pour produire une efficacité pratique que l'on pourrait qualifier de "minimale" ? Parallèlement, l'article 1er du Protocole n° 12 commande-t-il des mesures additionnelles pour produire utilement son effet ? Lorsqu'un État respecte l'obligation "défensive" traditionnelle issue du principe d'égalité tel qu'il est formulé dans les clauses en question, autrement dit lorsqu'il respecte l'obligation de "ne pas faire" qui en est classiquement tirée, l'individu jouit – par ce fait même – d'une égalité qui est effective et qui n'appelle donc aucune mesure supplémentaire pour être efficace¹⁰²⁷. Lorsque l'État agit conformément à l'interdiction qui lui est faite de ne pas discriminer, autrement dit lorsqu'il traite les personnes relevant de sa juridiction d'une manière qui est comparativement

¹⁰²⁷ Il nous semble que l'on peut imaginer une hypothèse de ce type, c'est-à-dire une hypothèse où la clause d'égalité pourrait exiger l'adoption d'une mesure nationale en tant qu'elle serait nécessaire au droit à la non-discrimination pour lui faire produire une effectivité minimale ; une mesure dont l'absence pourrait en soi être sanctionnée au nom de la théorie des obligations positives. Il n'est en effet pas impossible qu'un État puisse éventuellement être condamné du fait d'une « lacune manifeste dans la protection offerte par le droit national contre la discrimination » (Rapport explicatif du Protocole n° 12, § 26), parce que sa législation ne contiendrait aucune clause de non-discrimination qui, de près ou de loin, serait équivalente à celle que renferme la Convention européenne, ou bien ne le ferait qu'à un rang juridique insuffisant ou pour certains actes uniquement. Pourrait alors peser sur cet État une obligation positive d'inscrire, sous une forme ou sous une autre, une telle interdiction dans son ordre juridique interne. En l'occurrence, la mesure étatique requise ne serait que la reconduction ou la répétition, plus ou moins fidèle, au niveau interne, du principe de non-discrimination contenu dans la Convention européenne ; l'acte en question aurait cependant pour effet de le rendre effectif au sein du système juridique de cet État. En cela, il s'analyserait comme l'accomplissement d'une obligation positive, une obligation positive de transposition de la Convention en droit interne. Toutes les conditions de formation d'une telle obligation seraient ici remplies : l'interdiction de la discrimination énoncée par le traité européen ne pourrait, dans cette hypothèse, parvenir à l'effectivité autrement que par l'adoption de la norme nationale complémentaire en question, laquelle entretiendrait un lien direct et immédiat avec le droit en cause ainsi retranscrit en droit interne. En conséquence, une obligation positive de ce type resterait tout à fait envisageable, tant sous l'angle de l'article 14 de la Convention que sous l'angle de l'article 1^{er} du Protocole n° 12. Car même si, de nos jours, la presque totalité des États membres du Conseil de l'Europe ont, d'une manière ou d'une autre, dans leur législation une norme adressée aux pouvoirs publics leur défendant d'opérer des discriminations (Voir pour la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance : « Mesures juridiques existantes dans les États membres du Conseil de l'Europe en vue de combattre le racisme et l'intolérance – Rapport préparé par l'Institut suisse de droit comparé, Lausanne », Document du Conseil de l'Europe, CRI (98) 80 : voir la première ligne du tableau établi pour chaque pays, intitulée « Normes portant sur la discrimination en général »), il n'est toutefois pas assuré absolument que certains pays, particulièrement ceux dont le retour à la démocratie est récent, ne connaîtraient pas quelques déficiences et qu'il ne subsisterait plus aucun acte étatique échappant à un tel impératif. Aussi, il n'est pas exclu que la Cour européenne puisse exiger d'un État de combler une telle insuffisance. Cependant, ce cas de figure demeurerait particulier, en ce sens que la réglementation sollicitée ne serait pas tant additive que supplétive. En toute hypothèse, aujourd'hui, le débat portant sur l'éventualité d'une obligation positive en matière d'égalité va au-delà de la simple obligation positive de disposer d'une norme défensive de non-discrimination à l'adresse des pouvoirs publics ; que l'État ait l'obligation de faire produire un effet utile à la dimension défensive traditionnelle de la non-discrimination ne semble pas vraiment poser de problème au regard de la théorie des obligations positives. En effet, la discussion ne porte actuellement pas tant sur les mesures qui permettent de la sorte à l'égalité d'être effective (de façon minimale), mais plutôt sur celles qui lui permettraient d'être plus effective, qui viendraient en complément des clauses d'égalité "classiques" (c'est-à-dire "défensives") déjà existantes dans les législations des États contractants à la Convention.

objective et proportionnée, le droit à l'égalité de traitement produit de la sorte tout son "effet utile" (de ce point de vue-ci, l'égalité en droit est aussi une égalité en fait). En conséquence, si la doctrine des obligations positives devait éventuellement trouver à s'appliquer en la matière, ce ne pourrait être que dans l'hypothèse – habituelle pour cette théorie – d'une véritable inaction de l'État, à propos de faits dont il n'est pas responsable (ou pas directement tout du moins), et au nom d'une égalité plus effective, exigeant plus que le simple respect de la non-discrimination concernant les situations qu'il réglemente (directement tout du moins). En d'autres termes, s'il devait être admis que l'abstention de l'État puisse constituer une violation du principe d'égalité tel qu'il est énoncé par la Convention, ce ne pourrait être qu'au nom de l'amélioration de l'égalité.

La seconde interrogation qui se pose alors est donc la suivante : le droit à la non-discrimination pourrait-il obliger à l'adoption d'une mesure nationale complémentaire pour parvenir à une meilleure effectivité ? Eu égard à ce qui vient d'être souligné, il convient de rappeler qu'il s'agirait de sanctionner une inaction de l'État, et non son activité. À cette inertie de la puissance publique, il serait opposé le souci d'une égalité "plus effective" (d'une plus grande égalité en fait). L'inégalité face à laquelle l'État serait resté passif et à laquelle il serait demandé de remédier ne pourrait donc concerner qu'un intérêt qui ne serait aucunement appréhendé par le droit de l'État (ou du moins, ne le serait pas directement). Dans ces conditions, le problème posé peut être reformulé de la manière suivante : peut-on considérer, alors même que le pouvoir étatique n'aurait pas agi, que le principe d'égalité pourrait, à lui seul, exiger l'édiction d'une loi pour pallier une inégalité d'ordre privé, c'est-à-dire une inégalité qui n'est pas la conséquence immédiate d'une action étatique ? En l'occurrence, il s'agirait, en cas d'abstention étatique, de contraindre un État, sur le fondement du principe d'égalité, à prendre une loi afin de permettre à l'individu "de jouir d'une égalité plus effective".

En résumé : l'élément déclencheur de l'application de l'une ou l'autre obligation en matière de non-discrimination, c'est la nature des circonstances sur lesquelles il est demandé au juge d'exercer son contrôle, autrement dit le type d'inégalité dénoncée. Dans un cas, celui de la dimension "défensive", la discrimination contrôlée a directement pour origine un acte de la puissance publique. Dans l'autre cas, celui de la dimension positive, l'inégalité face à laquelle la puissance publique serait restée inactive relèverait, pour le dire schématiquement, de l'ordre privé : soit qu'elle ressortît au droit privé, soit qu'elle s'analysât comme un pur fait¹⁰²⁸. Dans le premier cas, il s'agirait d'inégalités en droit privé, d'inégalités qui seraient opérées dans le cadre des relations juridiques entre particuliers. Dans le second cas, il s'agirait d'inégalités de fait, d'inégalité qui seraient le résultat spontané du libre jeu des forces sociales.

¹⁰²⁸ Autrement dit, l'intérêt juridiquement protégé par le droit à la non-discrimination serait un intérêt juridique qui aurait (aussi) pour objet de contraindre la manière dont sont distribués des intérêts qui ne sont pas juridiquement protégés (et il apparaîtrait en même temps que ceux-ci, par leur seule existence).

En d'autres termes, un État contractant pourrait-il, en application de l'article 14 de la Convention ou de l'article 1er du Protocole n° 12, être tenu pour responsable des inégalités qui peuvent se produire sur le terrain du droit privé, ou bien des inégalités qui sortent du domaine du droit ? Dans une telle hypothèse, l'applicabilité du Protocole n° 12 serait déclenchée, de façon instantanée, par l'abstention de l'État ; elle s'étendrait, de façon dérivée, à des intérêts juridiques privés ou même à des intérêts purement factuels. Dans le premier cas, il s'agit de savoir si l'inertie de l'État pourrait, en soi, constituer une méconnaissance du principe d'égalité. Dans le second cas, il s'agit de savoir si la passivité de l'État pourrait constituer une méconnaissance du principe d'égalité parce que son immobilisme a permis qu'une personne privée puisse y porter atteinte.

Comme on le voit, conférer une dimension positive aux clauses de non-discrimination énoncées par le traité européen poserait le problème de l'ouverture d'un champ d'application virtuellement illimité, lequel reste donc difficile à cerner s'il n'est pas spécifié de manière exacte par la clause de laquelle on prétend déduire une obligation positive.

Une nuance peut tout de même être introduite : il semblerait que l'hypothèse d'une discrimination en droit privé se laisse peut-être mieux identifier qu'une inégalité en fait, en ce sens que la relation juridique de droit privé procure au juge un point de vue juridique, un *tertium comparationis*, à partir duquel apprécier la prétendue discrimination (à l'instar du but de la loi dans le contrôle classique) ; ce point de vue, c'est celui des motifs de l'acte ou du fait juridique d'où provient la discrimination alléguée¹⁰²⁹. Pour autant, reste encore très largement ouverte la question de savoir quels seraient les motifs de non-discrimination qui pourraient être concernés et quelles seraient les situations juridiques précisément visées, ou encore quel serait le type de mesures que l'État devrait prendre pour sauvegarder le droit à la non-discrimination contre les dangers provenant de personnes privées.

¹⁰²⁹ Lorsque le rapport entre particuliers est un *rapport contractuel*, la discrimination en cause peut notamment être appréciée du point de vue du but du contrat de droit privé à l'origine de la discrimination (un licenciement par exemple) ; ce but jouera le même rôle que le but de la loi dans le cadre du contrôle classique d'un traitement d'origine publique. Lorsque le rapport de droit privé est un *rapport extra-contractuel*, la discrimination en cause peut alors être appréciée du point de vue du but de l'acte juridique unilatéral (un testament par exemple) d'où émane la discrimination alléguée, ou du point de vue des motivations du fait juridique à l'origine de la prétendue discrimination (le refus de l'accès à une discothèque pour des raisons raciales par exemple).

§ 2. Le problème du changement radical de la nature du contenu de l'obligation d'égalité

Dans sa dimension défensive, le droit à la non-discrimination a pour objet de peser sur la manière d'agir des pouvoirs publics (1), mais il ne les oblige pas à agir, ce qui serait le cas dans l'hypothèse d'une éventuelle dimension positive (2).

A. La nature actuelle du contenu de l'obligation d'égalité : une obligation pesant sur les modalités de l'action publique

Ainsi qu'il se comprend jusqu'à ce jour, le principe d'égalité formulé par la Convention européenne des droits de l'homme pose une obligation qui consiste – rappelons-le – à exiger que les traitements issus des autorités publiques possèdent un caractère comparativement objectif et raisonnable. Un tel impératif a pour originalité de demeurer largement formel au sens où il est strictement modal¹⁰³⁰ : il n'est la cause ni de l'action des pouvoirs publics, ni de son contenu ; il ne détermine que la manière d'agir. À la différence des autres droits protégés par la Convention européenne, la clause d'égalité ne protège pas une activité humaine, elle se contente d'interdire certaines modalités de l'action étatique (la catégorisation des sujets de droit ne doit pas se faire d'une manière qui, comparativement, est inobjective et déraisonnable) ; ce qui signifie, inversement, qu'elle oblige à ce que l'action publique satisfasse à certaines modalités (la catégorisation des sujets de droit doit se faire d'une manière qui, comparativement, est objective et raisonnable). À la différence des articles qui garantissent des libertés, la clause de non-discrimination n'interdit, ni ne prescrit, aucun contenu à l'action étatique¹⁰³¹. Telle est, classiquement, la portée que possède le principe d'égalité garanti par la Convention. Il s'agit là de sa dimension "défensive".

Strictement analysée, c'est-à-dire considérée du point de vue de l'hypothèse qui nous occupe et qui est celle d'une véritable inaction de l'État, la jurisprudence de la Cour européenne ne fournit en effet aucun exemple d'une obligation positive qui aurait été mise à la charge de l'État sur le fondement de l'article 14, hormis peut-être une exception, mais qui n'en est pas vraiment une, comme nous aurons l'occasion de le montrer.

De fait, dans aucune des affaires dans lesquelles la non-conformité à l'article 14 a été constatée, il ne s'agissait, à proprement parler, d'une inertie absolue des pouvoirs publics,

¹⁰³⁰ Comme le fait observer la Commission européenne dans l'*Affaire linguistique belge*, il a « trait aux modalités ou à l'étendue de la jouissance de droits et libertés » ; in CourEDH, *Affaire linguistique belge*, 23 juillet 1968, *Série A* n° 6, p. 28.

¹⁰³¹ Il ne le fait que de façon dérivée.

c'est-à-dire d'une situation où l'intérêt individuel à propos duquel la discrimination était alléguée n'était pas la conséquence, plus ou moins immédiate, d'une action de l'État. Rigoureusement parlant, la jurisprudence européenne n'a jamais réellement sanctionné un État pour sa passivité face à une pure inégalité de fait (une inégalité où l'intérêt individuel en cause se serait totalement situé hors du droit), ni face une inégalité dans le cadre des relations de droit privé (une inégalité juridique dont l'auteur est un particulier).

Dans tous les arrêts prononçant la violation de l'article 14 préexistait un agissement de l'État, de sorte qu'il était toujours possible au requérant de comparer la position juridique qui était la sienne avec celle d'une autre personne dont la situation juridique était régie par la législation étatique. Autrement dit, les discriminations constatées se présentaient toujours comme la conséquence plus ou moins immédiate d'une réglementation étatique. En toute logique, le contrôle opéré par la Cour a consisté à contrôler la réglementation existante afin de vérifier si elle satisfaisait à la traditionnelle obligation "défensive", laquelle a pour objet d'assujettir la manière d'agir de la puissance publique en exigeant que les actes qu'elle prend reposent sur une justification qui est comparativement objective et raisonnable. Prenons ainsi comme exemple le contrôle opéré sur le fondement de l'article 14 dans le célèbre arrêt *Marckx* du 13 juin 1979. Dans cette affaire, les requérantes, une mère et sa fille, contestaient la législation belge en ce qu'elle procédait à une distinction dans la protection juridique des enfants selon qu'ils étaient ou non nés dans un mariage. Du point de vue de la non-discrimination, en l'occurrence de la combinaison des articles 14 et 8 de la Convention, l'examen pratiqué portait bel et bien sur un agissement de l'État et non sur une inaction de celui-ci, la discrimination constatée étant la conséquence immédiate de la réglementation existante à l'époque du litige ; elle s'analysait, non pas comme une inégalité de fait, mais comme une inégalité juridique d'origine publique. Cette dernière a donc été soumise au contrôle d'égalité classique et a été censurée comme une violation de l'obligation "défensive" de l'article 14. Cela n'empêche pas, et n'a effectivement pas empêché, que les *mêmes faits* soient de surcroît sanctionnés sous l'angle de l'article 8 *considéré isolément* comme un manquement à une obligation positive issue du seul article 8, comme ce fut le cas dans cette affaire : l'atteinte à la vie de famille étant envisagée en elle-même, de façon solipsiste, et non par comparaison avec la famille légitime. Parce que la législation incriminée par cet arrêt est restée encore en vigueur quelques années après son prononcé, l'État belge a de nouveau été condamné par un arrêt *Vermeire* du 29 novembre 1991, en raison du refus des tribunaux belges d'écarter les dispositions législatives qui avaient été jugées discriminatoires dans l'arrêt *Marckx*, à savoir « l'absence totale de vocation successorale fondée sur le seul caractère "naturel" du lien de parenté »¹⁰³².

En un certain sens, l'affaire *Vermeire* pourrait constituer le seul exemple jurisprudentiel d'une obligation positive fondée sur l'article 14 et ferait, à ce titre, figure

¹⁰³² CourEDH, *Vermeire c. Belgique*, 29 novembre 1991, § 25.

d'exception. En effet, l'argumentation développée par la Cour dans cette deuxième décision ne s'analyse pas vraiment comme une réitération du premier jugement, une simple répétition de l'arrêt *Marckx*, une réaffirmation de la dimension "défensive" de la clause de non-discrimination, mais plutôt comme l'expression d'une "nouvelle" appréciation des faits, la volonté de conférer un effet positif à l'interprétation qu'elle a donnée de l'article 14 afin de sanctionner une certaine passivité (ou résistance au changement) manifestée par les tribunaux belges. L'obligation positive en question, ce serait l'obligation qui incombait au juge belge d'agir d'une manière déterminée ; manière dont le contenu était justement défini par le précédent du 13 juin 1979, la Cour tenant à souligner à cet égard que la conclusion rendue dans l'affaire *Marckx* et qui justifiait une telle obligation, « n'était ni imprécise ni incomplète »¹⁰³³. En conséquence, les tribunaux nationaux se devaient de reconnaître à l'enfant naturel les mêmes droits successoraux qu'à un enfant légitime. Le juge belge avait donc l'obligation positive de repousser les dispositions législatives inégalitaires de la loi belge en faisant primer la solution de l'arrêt *Marckx*¹⁰³⁴. L'arrêt *Vermeire* pourrait donc être regardé comme une illustration sur le terrain de l'article 14 de la théorie des obligations positives telle que nous l'avons définie antérieurement ; encore que cet exemple reste atypique dans la mesure où il ne s'agissait pas tant de stigmatiser un immobilisme de l'État face à une inégalité se situant dans la sphère privée (inégalité dans les faits ou dans les actes de droit privé), que face à une inégalité inscrite dans un acte législatif déjà sanctionné par un précédent, de sorte que c'est l'obligation positive d'y remédier qui était cette fois appréciée. Dans ces conditions, cet arrêt relève sans doute bien plus de la problématique de l'exécution des arrêts de la Cour que de celle des obligations positives.

Il faut donc conclure que jusqu'à ce jour, le principe d'égalité établi par la Convention ne garantit rien d'autre qu'une obligation d'ordre "défensif".

¹⁰³³ *Ibid.* Il est tout à fait intéressant de relever qu'apparaissent à cet endroit les deux exigences de précision et de complétude (c'est-à-dire une détermination concrète suffisante) qui sont à rapprocher des conditions de précision et de détermination définies dans l'arrêt *Botta* (voir *supra* p. 377) ; ce qui prouve bien que ce sont des conditions incontournables pour pouvoir engendrer une obligation positive d'agir.

¹⁰³⁴ Voir CourEDH, *Vermeire*, précit., §§ 25-26. Cette obligation correspond bien à la définition de la notion d'obligation positive que nous avons préalablement proposée. Premièrement, l'objet de l'article 14 tel qu'interprété par l'arrêt *Marckx* est suffisamment précis et déterminé, ou complet, en ce sens que le lieu de l'application de l'égalité peut être circonscrit avec une très grande exactitude grâce à la spécification issue de l'arrêt *Marckx*. Deuxièmement, cette égalité ainsi (pré)déterminée ne peut parvenir à l'effectivité autrement que par l'édition d'une norme, ce qui est le cas d'une décision judiciaire (qui est une norme individuelle) ; au demeurant, l'analyse kelsénienne a de son côté démontré que censurer un acte (en l'occurrence les dispositions litigieuses du code civil belge) revient, d'une certaine manière, à édicter une norme contraire (ici au niveau simplement individuel du justiciable). Troisièmement enfin, il ne s'agit pas de prendre n'importe quelle norme (ou décision de justice comme en l'espèce), mais une norme dont le contenu possède un lien direct et immédiat avec les deux éléments précédents. Ce lien est d'ailleurs à ce point direct et immédiat qu'il est possible de définir concrètement le contenu précis de l'obligation positive qui pèse sur le juge et qui est de ne plus exclure les enfants naturels d'une succession.

B. L'hypothèse d'une nature inédite du contenu de l'obligation d'égalité : une obligation à l'action publique

Il nous semble que la position doctrinale selon laquelle la clause de non-discrimination inscrite dans l'instrument conventionnel européen pourrait être interprétée comme engendrant des obligations positives en la matière, une telle conviction est endossée avec d'autant plus de facilité qu'elle semble sous-estimer les enjeux, les conséquences ou les problèmes d'ordre tant herméneutique que méthodologique ou pratique, voire institutionnel, d'une telle interprétation. Il faut bien prendre conscience qu'elle entraînerait un changement radical de la nature de l'obligation que garantit la Convention. À la traditionnelle dimension "défensive" commandant le caractère objectif et raisonnable des actes émanant de la puissance publique, s'ajouterait une dimension "positive" ordonnant à l'État de disposer ou d'adopter des lois visant à établir une plus grande égalité. On entr'aperçoit alors que s'ouvre, tout d'un coup, un éventail virtuellement illimité de lois que les hautes parties contractantes à la Convention pourraient être sommées d'adopter en la matière puisque les moyens par lesquels l'égalité peut progresser sont infinis.

Énoncé de façon plus tangible, le droit à la non-discrimination, tel qu'il est formulé dans la Convention, pourrait-il acquérir une dimension supplémentaire qui irait jusqu'à en faire un droit à l'égalité des chances ? À titre illustratif, l'article 14 et le Protocole n° 12 pourraient-ils aller jusqu'à signifier un « droit à l'égalité des chances » tel qu'il est expressément énoncé, en matière professionnelle, à l'article 1er du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne, et réaffirmé à l'article 20 de la Charte sociale européenne révisée de 1996¹⁰³⁵. Un autre exemple : l'article 5 § 1 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1979, prévoit que « les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour modifier les schémas et modèles de comportement socio-culturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes » ; l'article 14 et le Protocole n° 12 pourraient-ils aller jusqu'à sanctionner des exigences de ce type ? Pour finir, prenons un exemple polémique : la haute juridiction strasbourgeoise pourrait-elle un jour, en application de la théorie des obligations positives sur le terrain de la non-discrimination, être amenée à interpréter le principe d'égalité tel qu'il est énoncé dans la Convention européenne des droits de l'homme, comme lui permettant de sanctionner un État pour une déficience de sa législation en matière de minorités ? Concrètement, le juge européen pourrait-il un jour en arriver à conférer à l'article 14 ou au Protocole n° 12 une portée équivalente à celle de

¹⁰³⁵ Selon les termes de l'article 1 de la partie II du Protocole additionnel de 1988 : les États parties s'engagent à reconnaître à tous les travailleurs le « *droit à l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, sans discrimination fondée sur le sexe* » (l'italique est de notre fait).

l'article 4 § 2 de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, lequel dispose que « les Parties s'engagent à adopter, s'il y a lieu, des mesures adéquates en vue de promouvoir, dans tous les domaines de la vie économique, sociale, politique et culturelle, une égalité pleine et effective entre les personnes appartenant à une minorité nationale et celles appartenant à la majorité. Elles tiennent dûment compte, à cet égard, des conditions spécifiques des personnes appartenant à des minorités nationales » ? Ce n'est là qu'un infime aperçu des enjeux du débat.

Avant de l'aborder, une question se pose : celle de savoir s'il n'y aurait pas lieu de nuancer selon le type d'obligations, selon qu'il s'agirait d'obligations positives dites de "promotion" de l'égalité (pour lesquelles l'abstention de l'État constituerait, en soi, une violation du principe d'égalité), ou selon qu'il s'agirait d'obligations positives dites de "protection" (pour lesquelles l'abstention de l'État ne constituerait une violation du principe d'égalité que parce qu'elle a permis que des particuliers puissent y porter atteinte). La réponse semble devoir être négative, car dans les faits, à la lecture des textes juridiques pertinents, il n'est pas vraiment possible de distinguer entre ce qui relèverait de l'une ou de l'autre obligation. Il suffit, pour prendre un exemple choisi au hasard, de citer l'article 20 de la Charte sociale européenne révisée de 1996, ainsi rédigé : « 1) En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession sans discrimination fondée sur le sexe, les Parties s'engagent à reconnaître ce droit et à prendre les mesures appropriées pour en assurer ou en promouvoir l'application dans les domaines suivants : a) accès à l'emploi, protection contre le licenciement et réinsertion professionnelle ; b) orientation et formation professionnelles, recyclage, réadaptation professionnelle ; c) conditions d'emploi et de travail, y compris la rémunération ; d) déroulement de la carrière, y compris la promotion ». On serait bien en peine de préciser si une telle disposition met à la charge de l'État des obligations positives dites de "promotion" ou de "protection" de l'égalité entre les sexes. En vérité, ces deux genres d'obligation, si tant est qu'ils se laissent complètement discerner, relèvent d'une même problématique, d'un régime commun : celui des obligations positives dans le système de contrôle établi par la Convention européenne des droits de l'homme. Aussi, les conclusions qui seront déployées à ce sujet semblent globalement valables dans les deux hypothèses ; cette distinction permettra simplement d'introduire quelques nuances dans le raisonnement, pour ce qui concerne spécialement la question des éventuels "effets horizontaux indirects".

On l'entrevoit, un tel sujet pose de nombreuses questions. La Convention européenne est-elle rédigée de façon suffisamment pertinente en ce sens ? Son mode de contrôle est-il approprié à l'examen du respect d'obligations de ce type ? Un système de contrôle juridictionnel international subsidiaire de droits individuels est-il le moyen le plus indiqué ? Où sont les limites de cette extension de la portée de l'article 14 et le Protocole n° 12 ? La liste des interrogations soulevées par le problème de la transposition de la notion d'obligation positive sur le terrain de la non-discrimination est loin d'être exhaustive.

Section 2. La capacité de l'article 14 de la Convention et de l'article 1er du Protocole n° 12 à être interprétés comme générant des obligations positives butte sur des obstacles considérables

Il convient d'examiner à présent de manière concrète dans quelle mesure ou à quelles conditions le principe de non-discrimination, tel qu'il est formulé dans la Convention européenne des droits de l'homme peut, ou non, constituer la source d'obligations positives. Pour y répondre, il nous semble qu'il convient d'examiner le principe de non-discrimination que contient le système de la Convention suivant deux perspectives : nous mènerons, tout d'abord, une étude attentive au libellé des textes de l'article 14 de la Convention et de l'article 1er du Protocole n° 12 (interprétation grammaticale) ainsi qu'à leur genèse lors des travaux préparatoires (interprétation génétique) ; puis, une étude attentive au contexte dans lequel ces dispositions s'inscrivent, celui du droit international des droits de l'homme (interprétation systématique) et à la fonction propre que remplit chaque instrument dans un tel cadre (interprétation téléologique). Il en ressort que ni la première analyse, reposant sur une interprétation grammaticale et génétique (§ 1), ni la seconde, reposant sur une interprétation systématique et téléologique (§ 2) ne sont très favorables à la reconnaissance d'obligations positives sur le fondement de l'article 14 de la Convention ou de l'article 1er de son Protocole n° 12.

§ 1. Une interprétation grammaticale et génétique très peu favorable à la reconnaissance d'obligations positives

Si les textes juridiques pertinents sur le sujet sont globalement défavorables à une interprétation qui conférerait une dimension "positive" aux clauses de non-discrimination établies par le traité européen, il n'en reste pas moins que le rapport explicatif du Protocole n° 12 entretient une certaine ambiguïté, qui rejaillit également sur l'article 14, en ouvrant une porte là où tout semblait indiquer qu'elle n'existait même pas. En vérité, à bien y regarder, cet entrebâillement – si tant est qu'il a lieu d'être – ne concernerait tout au plus qu'un seul type bien particulier d'obligations positives : celles qui auraient pour objet de produire un "effet horizontal indirect". En effet, s'il semble certain que les textes européens ont entendu exclure l'hypothèse d'une éventuelle obligation positive visant à remédier à des inégalités de fait (A), il n'est pas possible d'être aussi catégorique pour ce qui concerne l'hypothèse d'une éventuelle obligation positive visant à éviter certaines inégalités dans les relations de droit privé (B).

A. Un refus évident de mettre à la charge de l'État des obligations visant à remédier à des inégalités de fait

On se souvient que la préoccupation principale des experts lors de la phase d'élaboration du Protocole n° 12 était de trouver une formulation qui réduise au maximum la survenance d'obligations positives. Bien que les experts fussent divisés en deux camps égaux sur le meilleur moyen d'y parvenir, ils s'accordaient au moins sur l'objectif : restreindre au maximum une telle hypothèse¹⁰³⁶. Cette volonté se traduit à plusieurs niveaux.

Le texte de l'article 1er du Protocole n° 12 comporte plusieurs éléments qui tendent à limiter l'éventualité d'obligations positives. Le paragraphe premier de cette disposition précise en effet que l'interdiction de discrimination concerne « la jouissance de tout droit prévu par la loi » et son paragraphe second explicite de manière redondante que « nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique ». Ces deux expressions traduisent de façon manifeste que la survenance d'une mesure étatique, d'une loi au sens large, est un pré-requis pour que l'impératif d'égalité de traitement trouve à s'appliquer. L'obligation d'égalité telle qu'exprimée dans l'article 1er du Protocole n° 12 ne s'exerce qu'après qu'un droit a été prévu par la loi. Elle a pour vocation de prévenir des discriminations qui sont le résultat d'un acte juridique étatique et non d'une pure situation de fait. En ce sens, il y a lieu de soutenir que le principe de non-discrimination s'analyse comme une obligation qui contraint juridiquement l'action étatique mais qui, à elle seule, ne peut pas juridiquement contraindre à l'action étatique.

Le préambule du Protocole n° 12 n'exprime pas autre chose lorsqu'il déclare que « le principe de non-discrimination n'empêche pas les États parties de prendre des mesures afin de promouvoir une égalité pleine et effective, à la condition qu'elles répondent à une justification objective et raisonnable ». Ce qui est une manière assez claire d'indiquer que les mesures positives de "promotion" d'une égalité plus effective sont du ressort des États européens et non de celui de la Convention européenne ; que cette dernière se contente de garantir une dimension "défensive" de non-discrimination, et qu'à ce titre elle constitue même une limite à d'éventuelles actions positives.

Il paraît plus conforme à la philosophie du système de contrôle de la Convention de renvoyer, comme le font les auteurs du rapport explicatif du Protocole n° 12, les mesures positives de "promotion" de l'égalité vers des instruments internationaux spécialement voués à cet effet, lesquels ont justement pour objet de définir l'étendue de ce type d'obligation : « un protocole additionnel à la Convention, qui par essence énonce des droits individuels justiciables formulés de façon concise, ne constituerait pas un instrument approprié pour définir les différents éléments d'une obligation aussi large, de caractère programmatique. Des

¹⁰³⁶ Voir *supra* p. 122.

règles spécifiques et plus détaillées ont déjà été énoncées dans le cadre de conventions distinctes exclusivement consacrées à l'élimination de la discrimination fondée sur des motifs particuliers visés par ces conventions (voir par exemple, la Convention 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, toutes deux élaborées dans le cadre des Nations Unies) »¹⁰³⁷. En d'autres termes, les mesures positives de "promotion" de l'égalité ne relèvent pas de la Convention européenne des droits de l'homme, mais d'autres instruments internationaux spécialement rédigés à cette intention ; il faudra y revenir.

Alors que le texte du Protocole n° 12 comporte, comme cela vient d'être souligné, de nombreuses indications tendant à limiter l'éventualité d'obligations positives, l'article 14 est rédigé d'une façon qui pourrait sembler plus favorable à une interprétation en ce sens. L'article 14 ne contient, en effet, pas les mentions révélant le caractère traditionnellement "défensif" de l'interdiction de la discrimination et sur lequel l'article 1er du Protocole n° 12 a, quant à lui, lourdement insisté en faisant explicitement référence à l'origine publique de la discrimination prohibée, notamment dans son deuxième paragraphe. Cette dissymétrie s'explique par le fait qu'en 1950, lors de la rédaction de l'article 14, la survenance d'obligations positives était rigoureusement inimaginable. L'idée d'une dimension positive des droits individuels n'est apparue dans la jurisprudence européenne que bien plus tard, à partir du début des années 1970¹⁰³⁸. Qui plus est, il faut se souvenir qu'avec l'article 14, la protection internationale de l'égalité au niveau européen venait de franchir une étape qui était déjà considérable, tant du point de vue de son champ d'application (l'affirmation d'une égalité principielle entre nationaux et étrangers) que de son point d'application (l'affirmation de cette égalité principielle à un niveau supra-étatique et supra-législatif), de sorte qu'il était véritablement impensable que cette disposition puisse être interprétée au-delà de sa dimension "défensive", laquelle demandait déjà un certain temps pour être assimilée¹⁰³⁹. C'est, d'ailleurs, à partir des années 1970 que le refus opposé par les experts à l'élargissement de la protection de l'article 14 a commencé à être motivé par la crainte d'une interprétation extensive du principe d'égalité dans cette direction. Aujourd'hui, la question se pose de la façon suivante : est-ce que la volonté constatée sous l'angle du Protocole n° 12 de restreindre au maximum une interprétation qui tendrait à imposer aux États contractants des obligations positives destinées à promouvoir une égalité plus effective doit ou non être transposée à l'article 14 ? La circonstance que le texte de 1950 n'est pas exactement rédigé de la même manière que le texte de 2000 implique-t-elle, ou non, une différence de régime sur cette

¹⁰³⁷ Rapport explicatif du Protocole n° 12, § 25.

¹⁰³⁸ D. Spielmann, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », *op. cit.*, p. 137.

¹⁰³⁹ N'oublions pas que la compréhension du principe général d'égalité, matérialisé par la formule d'« égalité devant la loi », était à l'époque parasitée par des interprétations alors restrictives de la part des experts, lesquelles portaient encore sur sa dimension défensive (la réduction de sa portée à un niveau infra-législatif notamment). Ces dernières n'ont disparu qu'à partir de ces mêmes années 1970, période où la crainte d'interprétations, cette fois, extensives, intéressant les obligations positives, a commencé d'émerger : voir *supra* p. 106 et p. 111.

question ? En termes clairs : faut-il, ou non, en déduire que l'article 14 autoriserait ce que l'article 1er du Protocole n° 12 tend à refuser ? Il nous semble que la réponse est négative.

Il existe, en effet, une unité fondamentale du principe d'égalité, une unité systémique entre l'article 14 et l'article 1er du Protocole n° 12, lesquels ne se distinguent que par l'étendue respective de leur champ d'application matériel. Quand bien même la Cour européenne serait amenée à interpréter l'article 14 dans un litige où l'État en cause ne serait, par ailleurs, pas lié par le Protocole, il lui serait difficile de faire entièrement abstraction de l'intention clairement manifestée par les États membres du Conseil de l'Europe à l'occasion de la rédaction du Protocole n° 12 de conserver à la protection du principe de non-discrimination par le système de la Convention européenne, sa dimension défensive classique. Comme le note le rapport explicatif de ce Protocole : « l'article 1er du Protocole n° 12 englobe la protection offerte par l'article 14. En tant que protocole additionnel, il ne modifie ni ne supprime l'article 14 de la Convention, qui continuera donc à s'appliquer aux États parties au Protocole. Il y a donc recoupement entre les deux dispositions »¹⁰⁴⁰. Or, s'il y a unité entre ces deux dispositions, si elles protègent rigoureusement le même objet, si le seul élément distinctif n'est autre que leur champ d'application, il est alors possible de soutenir que ce refus de donner une interprétation du principe de non-discrimination comme susceptible de générer des obligations positives de "promotion" de l'égalité ne vaut pas seulement pour l'article 1er du Protocole n° 12, mais aussi pour l'article 14 de la Convention.

B. Un refus moins évident de mettre à la charge de l'État des obligations visant à éviter certaines inégalités dans les relations de droit privé

En apparence, l'article 1er du Protocole n° 12 ne fait place à aucune hésitation : cette disposition ne concerne pas les relations entre particuliers. Elle n'engendre aucune obligation positive visant à éviter la survenance de certaines discriminations dans les relations de droit privé. De prime abord, sa vocation n'est pas de faire produire au Protocole n° 12 un "effet horizontal indirect". Sont effectivement visées par ce texte les seules discriminations dont l'auteur est, en droite ligne, la puissance publique. Plusieurs indices tendent à exclure l'hypothèse d'une obligation positive de ce type, autrement dit une obligation positive dite de "protection". Il suffit de reprendre, à ce propos, les termes du rapport explicatif du Protocole soulignant que « la portée du premier paragraphe se trouve réduite du fait de la référence à la "jouissance de tout droit prévu par la loi" »¹⁰⁴¹ et que cette expression vise « à limiter les éventuels effets horizontaux indirects »¹⁰⁴². Le rapport relève également que « le second paragraphe précise que "nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité

¹⁰⁴⁰ Rapport explicatif du Protocole n° 12, § 33.

¹⁰⁴¹ Rapport explicatif au Protocole n° 12, § 27.

¹⁰⁴² *Ibid.*, § 29.

publique quelle qu'elle soit" »¹⁰⁴³. Il ajoute encore qu' « il est entendu que les affaires purement privées ne seraient pas affectées »¹⁰⁴⁴.

Ne pouvant toutefois pas faire l'impasse sur la théorie prétorienne des obligations positives et sur la théorie doctrinale des "effets horizontaux", le rapport explicatif vient ensuite fortement tempérer ce constat qui jusque là paraissait limpide : il fait ainsi remarquer qu'en ce qui concerne les relations entre particuliers, « l'absence de protection contre la discrimination dans ces relations pourrait être tellement nette et grave qu'elle entraînerait clairement la responsabilité de l'État »¹⁰⁴⁵. Le rapport explicatif précise en outre que « toute obligation positive dans le domaine des relations entre particuliers concernerait au mieux les relations dans la sphère publique normalement régie par la loi, pour laquelle l'État a une certaine responsabilité (par exemple : le refus arbitraire d'accès au travail, l'accès aux restaurants ou à des services pouvant être mis à disposition du public par des particuliers, tels que les services de santé ou la distribution d'eau et d'électricité, etc.). La manière précise dont l'État devrait répondre variera selon les circonstances »¹⁰⁴⁶. On voit ici poindre une interprétation extensive de la formule « tout droit prévu par la loi » qui, dans une telle hypothèse, devrait se comprendre comme "tout droit régi, de manière médiate, par la loi", puisque les droits et obligations conçus dans le cadre des relations juridiques entre particuliers n'ont de validité et d'effet que parce que leur régime est organisé par une loi étatique.

Une telle interprétation de l'article 1er du Protocole n° 12 serait doublement surprenante. D'un côté, parce que la jurisprudence européenne relative à l'article 14 de la Convention ne fournit, pour sa part, aucun précédent en ce sens, de sorte qu'il s'agit d'une hypothèse qui reste à ce jour largement de l'ordre de l'abstraction. De l'autre parce que les rédacteurs du Protocole n° 12 ont tout fait pour trouver une formulation qui empêche de lui faire produire un effet positif, même d'ordre horizontal, comme l'atteste la présence du second paragraphe de son article 1.

Or, les ambiguïtés concernant l'interprétation de l'article 1er du Protocole, nées principalement et paradoxalement (!) de son rapport explicatif, se répercutent inmanquablement sur l'interprétation de l'article 14 de la Convention. En conséquence, l'ensemble des arguments énoncés sous l'angle de l'article 1er du Protocole n° 12 peuvent, ici aussi, être reconduits de la même manière sous l'angle de l'article 14 ; la conclusion à en tirer est donc à peu près la même. Tout comme l'article 1er du Protocole n° 12, l'article 14 a une fonction principale ou primaire qui est d'ordre défensif, à l'encontre des actes de la puissance publique. Cependant, comme le fait observer le rapport explicatif du Protocole n° 12 pour son article 1er, une interprétation de l'article 14 prenant en compte la théorie des obligations

¹⁰⁴³ *Ibid.*, § 27.

¹⁰⁴⁴ *Ibid.*, § 28.

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*, § 26.

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, § 28.

positives occasionnant un “effet horizontal indirect” tendrait à ouvrir la porte à une fonction subsidiaire ou secondaire qui serait d’ordre positif et qui n’exclurait pas que cette disposition puisse, le cas échéant, fonder une obligation de “protection” de l’égalité de traitement dans des rapports entre personnes privées. En vérité, le seul élément qui distingue réellement l’article 14 de la Convention de l’article 1er du Protocole n° 12 réside dans le fait que, pour pouvoir tomber dans le champ d’application de l’article 14, l’inégalité de droit privé face à laquelle l’État serait sommé de réagir devrait avoir une incidence sur l’un des droits que protège la Convention ; la discrimination en question devrait, par exemple, être « susceptible d’interférer avec le droit de chacun au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance garanti par l’article 8 de la Convention »¹⁰⁴⁷ ou encore avec le droit au respect de ses biens sauvegardé par l’article 1er du Protocole n° 1, pour ne citer que des dispositions dont le champ d’application est interprété de façon de plus en plus large par la Cour européenne des droits de l’homme.

§ 2. Une interprétation systématique et téléologique très peu favorable à la reconnaissance d’obligations positives

Hormis, là aussi, une possible nuance concernant l’éventualité de certaines obligations positives visant à remédier à des inégalités dans les relations juridiques de droit privé, il convient de souligner qu’une interprétation qui prend en compte le contexte de la Convention européenne des droits de l’homme et celui de la jurisprudence qui s’y rattache, notamment en matière d’obligation positive (A), ainsi que le contexte de l’ensemble des instruments internationaux des droits de l’homme, notamment ceux qui intéressent l’égalité (B), une telle interprétation débouche sur le constat que l’article 14 de la Convention et l’article 1er du Protocole n° 12 ne sont absolument pas un canal approprié à la reconnaissance d’éventuelles obligations positives en matière d’égalité.

A. Une interprétation attentive à la spécificité de l’instrument juridique que constitue la Convention européenne des droits de l’homme

Outre les restrictions expresses issues du texte du traité, l’autre problème au quel se heurte la découverte d’une obligation positive provient du fait que, plus une clause d’égalité est rédigée en des termes généraux, moins l’objet sur lequel l’égalité doit porter est décrit de façon concrète et détaillée, et plus sa capacité à pouvoir en déduire un principe d’action

¹⁰⁴⁷ Exemple fourni par le rapport explicatif au Protocole n° 12 (§ 28), à titre de remarque annexe, mais qui est, par définition, valable pour l’article 14 lu en combinaison avec l’article 8.

devient problématique, faible en réalité. En effet, l'enjeu n'est peut-être pas exactement le même selon que l'on a affaire à une clause d'égalité spéciale comme l'article 5 du Protocole n° 7 (égalité entre époux), à une clause d'égalité partiellement générale comme l'article 14 de la Convention (égalité dans la jouissance des droits prévus par la Convention) ou à une clause d'égalité entièrement générale à l'instar de l'article 1er du Protocole n° 12 (égalité dans la jouissance de tout droit prévu par la loi). En effet, le champ d'application matériel du Protocole n° 12 est entièrement général, mais aussi largement indéterminé *a priori*, alors que celui de l'article 14 est partiellement général, mais aussi légèrement moins indéterminé *a priori*. De par son libellé et de par son niveau maximal d'indétermination *a priori*, la clause générale d'interdiction de la discrimination que renferme le Protocole n° 12 pose les problèmes rencontrés en ce domaine au plus haut degré de leur appréhension, de sorte que l'on touche alors véritablement au nœud de la difficulté. Voilà pourquoi il paraît d'abord utile d'examiner l'état de la question sous l'angle de l'article 1er du Protocole n° 12, et ensuite seulement sous l'angle de l'article 14.

Premièrement, donc, le Protocole n° 12 : pour savoir s'il est possible de déduire des obligations positives de l'article 1er du Protocole n° 12, il convient de retourner à la définition précédemment proposée de l'obligation positive, afin d'examiner si les conditions qu'elle renferme pourraient être satisfaites en s'appuyant sur cette disposition. Tel qu'il est formulé par l'article 1er du Protocole n° 12, le principe général d'égalité est définitivement et irrémédiablement silencieux sur ce qui doit être traité identiquement et ce qui doit être traité différemment, ce qui doit être considéré comme semblable et ce qui doit être considéré comme dissemblable¹⁰⁴⁸. Hormis le fait qu'il s'applique à des personnes¹⁰⁴⁹, il reste d'un mutisme total sur le contenu du traitement¹⁰⁵⁰. Cette absence quasi totale de concrétude du

¹⁰⁴⁸ G Haarscher, « The idea of equality », in Ch. Perelman (dir.), *L'égalité*, vol. IX, Bruxelles, Bruylant, 1984 (pp. 176-196), p. 187.

¹⁰⁴⁹ Tout au plus donne-t-il aussi l'indication générale, exposée antérieurement, selon laquelle plus l'intérêt en cause engage la Liberté humaine, moins les chances sont grandes qu'il s'agisse d'une différence de traitement. Pour le dire autrement, plus l'intérêt juridique touche à une liberté fondamentale, plus le traitement différent sera difficile à justifier, plus il sera rare et plus les chances sont grandes que la situation doive être considérée comme semblable ; et si les situations sont considérées comme dissemblables, moins l'écart de liberté accepté sera grand, et donc plus sévère sera le degré de raisonabilité de la différence de traitement, autrement dit plus restreint sera l'écart de liberté. Voir *supra* p. 65. Néanmoins, cette dernière spécification demeure encore beaucoup trop abstraite.

¹⁰⁵⁰ Certes, la fin de la phrase du premier paragraphe de l'article 1 du Protocole n° 12 fournit une liste, quoique non exhaustive, de critères de distinction qui doivent être considérés de manière critique. Celle-ci est d'ailleurs la même que celle contenue à l'article 14 de la Convention. Ces critères sont au nombre de douze et sont, rappelons-le : « 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 ». Parce qu'ils viennent fournir un contenu au principe général d'égalité, parce qu'ils viennent préciser la matière dans laquelle le souci d'égalité de traitement est important, bref, parce qu'ils viennent concrétiser l'impératif de non-discrimination, celui-ci n'est plus entièrement abstrait. Il possède jusqu'à un certain point un contenu matériel. Il détermine dans une certaine mesure le segment de réalité sur lequel l'égalité doit s'appliquer. Il indique même pour une certaine part le type de traitement que l'égalité requiert : celui-ci sera plutôt un traitement identique (ou bien, éventuellement, une différence de traitement, mais celle-ci ne pourra tendanciellement pas être une différence importante) puisque sa mention expresse atteste de l'importance du souci d'égalité dans ce domaine. Eu égard à ce début de concrétisation du principe d'égalité, il pourrait éventuellement devenir tentant de soutenir

principe d'égalité semble rédhibitoire quant à sa capacité à former la source d'une quelconque obligation positive. Inférer une obligation d'édicter un acte concret d'une exigence formelle *a priori* est strictement inexécutable. Autrement dit – tel qu'en l'état il est rédigé et interprété – l'effet d'indice du texte¹⁰⁵¹ de l'article 1er du Protocole n° 12 est matériellement insuffisant pour engendrer, à partir de cette unique ressource interprétative, une obligation positive aux fins de l'amélioration de l'égalité. Sauf à ériger la juridiction européenne en pur et simple législateur européen, ce qu'elle n'est pas.

Eu égard au contexte juridique de la Convention européenne des droits de l'homme, celui d'un mécanisme de contrôle juridictionnel de droits subjectifs, eu égard également à la jurisprudence posée par la Cour européenne de droits de l'homme elle-même en matière d'obligation positive, eu égard à l'absence quasi totale de concrétude *a priori* de l'article 1er du Protocole n° 12, il nous semble que cet article pose une prescription qui n'est pas suffisamment concrète pour fonder une prétention individuelle à une action "positive" de la part de l'État en la matière. Dans ces conditions, il devient assez évident que l'inaction de l'État ne pourrait, en soi, constituer une violation du principe général d'égalité tel qu'il est énoncé à l'article 1er du Protocole n° 12.

Il n'en reste pas moins qu'une interprétation se construit, de sorte que le juge européen pourrait très bien édifier une interprétation qui ajoute à la dimension défensive du droit à la non-discrimination une dimension positive. Il nous semble cependant que, dans le contexte d'un système de garantie de droits individuels justiciables, la part du travail interprétatif laissée au juge serait beaucoup trop grande pour définir une obligation positive aussi étendue que celle qui viserait à améliorer l'égalité, sans autre précision. Une interprétation systématique de l'article 1er du Protocole n° 12, qui irait chercher un contenu matériel de l'égalité au-delà du texte de la Convention, dans les instruments *ad hoc* sur cette question, reste bien sûr imaginable. Il nous semble cependant qu'une interprétation systématique vraiment rigoureuse commanderait, bien au contraire, au juge européen de s'abstenir d'une telle construction. Une interprétation de ce type devrait en effet le conduire à être respectueux du caractère précisément *ad hoc* de ces instruments et à constater que la Convention européenne n'a, pour ce qui la concerne, pas été rédigée à cette intention, comme nous tendrons à le montrer de manière détaillée ultérieurement.

Deuxièmement, à présent, l'article 14 : la question qui se pose consiste à savoir jusqu'à quel point cette difficulté constatée sous l'angle de l'article 1er du Protocole n° 12

que, dans ces domaines spécifiés, des obligations positives pourraient être mises à la charge des États contractants. Il nous semble cependant que ce serait tirer des conclusions trop hâtives. Le "pourcentage" de contenu concret venant remplir le principe de non-discrimination demeure dans une proportion bien trop faible pour que l'on puisse en inférer de façon méthodologiquement régulière une obligation précise d'agir en vue d'une égalité plus effective. De surcroît, nous l'avons déjà souligné, cette liste n'a qu'une valeur exemplative.

¹⁰⁵¹ F. Müller, *Discours de la méthode juridique (Juristische Methodik)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993), O. Jouanjan (trad.), Paris, PUF, 1996, p. 245.

continuerait d'être vraie pour l'article 14 de la Convention. En effet, ce dernier présente au moins deux spécificités par rapport au Protocole : d'une part, il n'est pas rédigé exactement de la même manière que le Protocole n° 12 et, d'autre part, il définit le domaine d'application de l'égalité à un degré supérieur par rapport au Protocole. Concernant le premier point, nous avons cherché à le montrer, dans la mesure où il existe une unité fondamentale entre l'article 14 de la Convention et l'article 1er du Protocole n° 12, le refus clairement affiché par les États membres du Conseil de l'Europe à l'occasion de la rédaction du Protocole n° 12 de mettre à la charge des États des obligations positives en matière d'égalité de fait, un tel rejet se répercute inévitablement sur l'interprétation de l'article 14 de la Convention à ce sujet. Il nous semble que cette dénégation est, au surplus, corroborée par l'attitude de la Cour européenne qui, jusque-là, s'est toujours refusée à dégager des obligations positives sur le fondement de l'article 14, comme le montre assez nettement l'arrêt *Airey* sur lequel il conviendra de s'attarder quelque peu. Concernant le second point, nous tendrons à montrer que bien que le degré de prédétermination matérielle des termes de la relation d'égalité soit plus grand dans le cadre de l'article 14 de la Convention que dans celui de l'article 1er du Protocole n° 12, de sorte qu'une obligation positive pourrait méthodologiquement ne pas être entièrement exclue sur la base de l'article 14 ; que malgré cela, il ressort de la jurisprudence que le juge européen préfère dégager les éventuelles obligations positives sur le fondement de l'article énonçant une liberté plutôt que sur la base de l'article 14, celui-ci n'étant, en effet, pas le canal le plus indiqué pour dégager une obligation positive dans le domaine couvert par la Convention. C'est également ce que montre l'affaire *Airey*.

L'article 14 garantit la non-discrimination dans la jouissance des droits et libertés que reconnaît la Convention. Autrement dit, les libertés énoncées par le traité européen délimitent le champ d'application matériel de l'article 14. Les libertés en question viennent ainsi concrétiser la clause d'égalité en ce sens qu'elles spécifient, pour une assez large part cette fois, le domaine de réalité sur lequel la non-discrimination doit s'appliquer. Pour le coup, les termes de la relation d'égalité sont préétablis par le texte de la Convention de façon beaucoup plus exacte que précédemment. Dans ces conditions, il deviendrait éventuellement possible d'esquisser un devoir d'agir qui aurait quitté l'indétermination totale pour commencer à acquérir une plus grande exactitude. Incontestablement, plus le segment de la réalité sociale sur lequel l'égalité doit s'appliquer est défini par avance d'une façon qui est précise et déterminée, plus sa capacité à pouvoir former le support d'une obligation d'agir est élevée. Autrement dit, plus il est possible de définir *a priori* le champ d'application matériel du droit à la non-discrimination de l'article 14 en le combinant avec une liberté énoncée par la Convention, plus ce droit pourrait être considéré comme apte à engendrer une obligation positive visant à établir une égalité plus effective dans le domaine de la liberté en question. Prenons un exemple : plaçons-nous sur le terrain de l'article 6 de la Convention, lequel garantit le droit à un procès équitable et notamment un droit d'accès à un tribunal ; choisissons encore le critère de la fortune qu'énonce l'article 14. Cette obligation de faire, issue de la combinaison de ces deux articles, prendrait alors la forme suivante : elle aurait pour objet d'enjoindre à l'autorité étatique de prendre des mesures afin de permettre au

requérant de jouir d'une égalité plus effective, à raison du critère de la fortune, dans l'exercice du droit d'accès à un tribunal. Le contenu concret d'un tel énoncé est-il suffisamment précis et déterminé pour qu'il puisse en être tiré une injonction d'agir en vue d'une égalité plus effective ? Eu égard à ce qui vient d'être d'exposé, il semble qu'il puisse être répondu par l'affirmative à cette interrogation. Cette assertion possède, en effet, une signification dont le contenu peut être considéré comme suffisamment dense *a priori* pour qu'il puisse en être déduit une obligation d'agir dans le sens préconisé¹⁰⁵², au cas où il y aurait une criante inégalité de fait dans l'exercice d'une liberté que proclame la Convention. C'est la solution qui aurait pu être retenue dans l'affaire *Airey*, mais qui ne l'a pas été, comme nous allons le voir à présent.

Ainsi, dans l'affaire *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, la Cour a eu l'occasion de préciser que les pays membres doivent assurer un accès effectif aux tribunaux. En l'espèce, la requérante n'avait pas trouvé d'avocat qui acceptât de la représenter, faute d'aide judiciaire et n'ayant pas elle-même les moyens financiers requis. Elle pouvait, certes, comparaître en personne, mais la procédure était très complexe, de sorte que la Cour a considéré que cette possibilité ne lui permettait pas de défendre utilement sa cause. Selon la Cour, la circonstance que le défaut d'accès à la justice dont se plaint la requérante découle de la situation personnelle de celle-ci, et non d'une initiative des autorités, n'est pas décisive : « un obstacle de fait peut enfreindre la Convention à l'égal d'un obstacle juridique »¹⁰⁵³. En conséquence, la Cour européenne a jugé qu'il y avait violation de l'article 6 § 1, considéré isolément. Elle a ensuite estimé qu'il n'était pas nécessaire de se placer de surcroît sur le domaine de l'article 14, soulignant qu'elle n'accepte de poursuivre son contrôle sur ce terrain que lorsqu'« une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en question constitue un aspect fondamental de l'affaire », ce qui « n'est pas le cas de l'infraction à l'article 6 § 1 relevée en l'espèce ». Si la majeure du raisonnement est classique, la conclusion qui en est tirée au

¹⁰⁵² Par comparaison avec la jurisprudence occasionnée par les autres articles de la Convention, une formule de ce type n'est sans doute pas moins précise que l'interprétation de l'article 3 par la Commission dans l'affaire *Hurtado c. Suisse*, par exemple : dans son rapport du 8 juillet 1993, elle affirme que « les autorités de l'État doivent [...] adopter des mesures visant à garantir l'intégrité physique de la personne qui se trouve sous la responsabilité des autorités policières, judiciaires ou pénitentiaires » (§ 79). Le raisonnement peut donc se résumer ainsi : de la précision du contenu matériel de l'égalité, dépend la possibilité d'en inférer le contenu d'une obligation d'agir, lequel détermine partiellement le contenu des mesures réclamées. Cette dernière remarque appelle deux rapides observations. Tout d'abord, la précision de l'égalité reste somme toute relative. Elle doit certes l'être un minimum, sinon elle ne saurait prétendre à faire naître une obligation ; mais il n'en demeure pas moins que la latitude d'appréciation du juge resterait en la matière considérable. Ayant à évaluer une inaction de l'État, le juge deviendrait presque entièrement libre de déterminer les éléments de fait à prendre en compte pour juger de l'existence ou non d'une inégalité (de fait). En d'autres termes, l'expertise du juge se trouverait affranchie de la contrainte méthodologique traditionnelle qui est celle du but de la loi, lequel concourt de façon prépondérante à l'établissement du point de vue à partir duquel va s'opérer la comparaison qu'implique le jugement d'égalité. Ensuite, la détermination du contenu des mesures réclamées par l'obligation positive reste, elle aussi, relative. Elle ne saurait aller que jusqu'à un certain point ; la dimension positive se caractérisant par la marge d'appréciation laissée aux États quant aux choix des mesures à prendre (la marge accrue de l'appréciation dont disposent les États n'est d'ailleurs que le pendant de la marge accrue de l'appréciation du juge dans la détermination d'une obligation positive par rapport à l'obligation négative).

¹⁰⁵³ CourEDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, § 25.

regard des faits de la cause peut sembler plus surprenante. On a d'ailleurs pu faire remarquer que, bien que l'affaire n'eût pas été examinée sous l'angle du principe de non-discrimination, il était évident que la condamnation de l'Irlande était aussi inspirée par la volonté d'établir une égalité plus effective dans l'exercice du droit d'accès aux tribunaux¹⁰⁵⁴.

Dans cette affaire, il eût parfaitement été envisageable – au prix d'une contrainte argumentative supplémentaire, comme nous le montrerons – de faire dériver de l'article 14 l'injonction d'agir adressée à l'Irlande, au lieu de l'article 8 considéré isolément comme ce fut le cas en l'espèce. En l'occurrence, l'obligation de "faire" a été dégagée à partir du seul article 8 : elle a eu pour objet de commander à l'État irlandais de prendre des mesures destinées à permettre au requérant de jouir d'un droit d'accès à un tribunal plus effectif. Si elle s'était appuyée sur l'article 14, l'obligation positive aurait eu pour objet de commander à l'État irlandais de prendre des mesures destinées à permettre au requérant de jouir d'une égalité plus effective, à raison du critère de la fortune, dans l'exercice du droit d'accès à un tribunal.

Pourtant, comme on le voit, le juge européen a préféré dégager une obligation positive de l'article énonçant une liberté plutôt que de l'article 14 combiné avec cette liberté. Selon nous, ce refus de se placer sur le terrain de l'article 14 n'est pas anodin. En effet, il nous semble qu'il est méthodologiquement moins aisé, et donc moins souhaitable, de faire dériver l'obligation positive impliquant d'instaurer un système d'aide judiciaire de l'article 14 plutôt que de l'article 6, son lien étant moins « direct et immédiat » avec celui-ci qu'avec celui-là. Sous l'angle de la non-discrimination à raison de la fortune, la juridiction européenne aurait été amenée à examiner l'affaire dans une perspective beaucoup plus large et, donc, beaucoup plus politique *lato sensu* puisqu'elle aurait été conduite à comparer les personnes bénéficiant de conditions financières suffisantes et les personnes ne bénéficiant pas de telles conditions. Sous l'angle de la liberté d'accès à un tribunal, certes, c'est toujours le même « obstacle de fait » qui empêche la requérante de saisir réellement le tribunal, mais cet élément de fait est apprécié de façon plus circonstanciée et donc plus proche de la philosophie de l'arrêt *Botta*¹⁰⁵⁵. Se fonder sur l'article 14 impose, nous semble-t-il, une contrainte argumentative supplémentaire, liée à la circonstance que le contrôle d'égalité oblige à prendre en compte la situation d'individus tiers par rapport au requérant, avec toutes les complications qu'entraîne

¹⁰⁵⁴ L. Sasso, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux, étude comparée de droit allemand, européen et français*, thèse de doctorat, Caen, 1999, ronéo., p. 229. Si nous ne contestons pas cette lecture politique de l'arrêt *Airey*, en revanche, nous contestons la lecture juridique que cet auteur en fait : à la différence de ce dernier, nous ne considérons pas que cette affaire constitue un exemple d'une obligation positive de "promotion" fondée sur l'égalité puisque, justement, celle-ci procède de l'article 6 considéré isolément et non de sa combinaison avec l'article 14.

¹⁰⁵⁵ Le juge est, en effet, plus proche des exigences qui ont, par la suite, été posées dans l'arrêt *Botta* et qui doivent être satisfaites pour conclure à l'existence d'une obligation positive. Rappelons que dans l'affaire *Botta*, ces conditions n'avaient d'ailleurs pas été remplies : le juge européen avait considéré que « le droit revendiqué [...] concerne des relations interpersonnelles d'un contenu si ample et indéterminé qu'aucun lien direct entre les mesures exigées de l'État pour remédier aux omissions [constatées en l'espèce] et [le droit invoqué par le requérant] n'est envisageable » (CourEDH, *Botta c. Italie*, 24 février 1998, § 34 ; l'italique est de notre fait).

la détermination du contenu de la comparaison ; cela, d'autant plus que les situations comparées seraient, en l'occurrence, des situations de pur fait¹⁰⁵⁶. La comparaison étant inhérente à l'égalité, les raisons qui motivent la reconnaissance d'une obligation positive fondée sur la clause d'égalité débordent, par définition, la situation individuelle en litige et sont, pour ainsi dire, d'ordre plus "global" puisqu'elles se réfèrent inévitablement à des situations tierces, ce qui "dilue" d'autant le lien susmentionné par rapport à une lecture isolée d'une clause de liberté. En bref, le juge se rapproche un peu plus de la posture d'un législateur souverain dans un cas que dans l'autre. Voilà, très certainement, l'une des principales raisons expliquant que la Cour européenne des droits de l'homme préfère déduire une obligation positive sur le fondement d'une liberté considérée isolément, plutôt que de façon combinée avec l'article 14.

En résumé, une interprétation de l'article 14 de la Convention ou de l'article 1er du Protocole n° 12 qui s'inscrit dans le contexte du droit de la Convention, et notamment dans celui de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, fait apparaître que la potentialité de ces deux clauses à éventuellement générer des obligations positives aux fins d'une égalité plus effective reste mince. Une interprétation de ces dispositions dans un contexte élargi à l'ensemble des normes du droit international des droits de l'homme en la matière ne fait que renforcer ce constat, comme il convient de le voir à présent.

B. Une interprétation attentive à la spécificité des autres instruments juridiques internationaux de droits de l'homme en matière d'égalité

Une réflexion sur la capacité, ou non, de l'article 14 de la Convention ou de l'article 1er du Protocole n° 12 à générer des obligations positives ne saurait être sérieusement menée si elle n'incluait pas une analyse encore plus large, allant au-delà du seul droit de la Convention européenne des droits de l'homme, c'est-à-dire une interprétation systématique

¹⁰⁵⁶ En effet, selon nous, plus l'intérêt individuel en cause est hors du droit, moins il devient pertinent de faire découler cette éventuelle obligation positive de l'article 14, c'est-à-dire du texte formulant la non-discrimination, plutôt que de celui qui énonce une liberté, c'est-à-dire un autre article de la Convention. L'explication est la suivante. La situation d'un requérant peut toujours être examinée suivant deux perspectives : il est possible d'avoir pour la personne en question le souci qu'elle se trouve dans une plus grande situation d'égalité (par rapport à d'autres sujets de droit), ou bien qu'elle soit dans une plus grande situation de liberté (indépendamment des autres individus). Or, dans certains cas, spécialement ceux qui appellent l'adoption de mesures législatives de la part de l'État, la préoccupation que le requérant bénéficie d'une égalité plus effective n'est sans doute pas moins grande que le souhait de le rendre à même de jouir d'une liberté plus effective. Néanmoins, sur le plan de l'argumentation juridictionnelle, « le lien direct et immédiat », exigé par l'arrêt *Botta*, entre les mesures qui doivent être prises par l'État et le droit que protège la Convention européenne, nous semble plus facile à établir si le droit en question est un article de liberté plutôt que l'article de non-discrimination (combiné avec l'article de liberté). En d'autres termes : plus ce lien est direct, plus les conditions de l'obligation positive sont satisfaites. Autrement dit, plus la découverte d'une telle obligation est solidement motivée, plus la part politique d'une telle décision est réduite. Cela explique que l'article 14 n'ait jamais été impliqué dans les véritables hypothèses d'abstention étatique alors même que cela eût parfois été possible.

qui prend en compte l'ensemble des instruments relevant du droit international des droits de l'homme, et tout particulièrement ceux qui sont spécialement dédiés à la mise en place d'obligations positives dans le domaine de l'égalité. Deux attitudes sont alors envisageables.

Cette mise en perspective pourrait, certes, être l'occasion d'une recherche d'un standard européen en matière d'obligations positives ; standard dont la Convention devrait se faire l'écho. Si le juge européen devait, en dépit de tous les obstacles recensés, en venir à dégager des obligations positives, cette recherche d'un dénominateur commun serait la seule voie méthodologiquement solide pour fonder une telle construction prétorienne, dans la mesure où elle est la seule à même de surmonter le problème de l'absence *a priori* d'un contenu concret suffisamment dense de l'article 14 de la Convention ou de l'article 1er du Protocole n° 12. Mais cette entreprise resterait très difficile et ne résoudrait pas les obstacles textuels qui ont notamment été dressés dans le cadre du Protocole n° 12. En outre, elle entraînerait – nous avons cherché à le montrer – un changement absolument radical de la nature du principe d'égalité, qui se concilierait mal avec la nature du contrôle mis en place par la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰⁵⁷.

De façon plus convaincante, en effet, il semble que cette mise en perspective déboucherait plutôt sur le constat que, d'une manière générale, la Convention européenne des droits de l'homme est un instrument largement inadapté par rapport aux instruments qui ont, quant à eux, pour objet spécifique de définir des obligations positives dans le domaine de l'égalité. Une interprétation systématique et téléologique approfondie arriverait, de manière beaucoup plus probante, à la conclusion que l'article 14 de la Convention et l'article 1er du Protocole n° 12 ne sont pas le lieu adéquat pour la mise en place d'obligations positives en matière d'égalité. Parce l'étendue des inégalités qui pourraient être corrigées est rigoureusement incommensurable ; parce qu'il est indispensable que les domaines dans lesquels l'égalité doit progresser soient clairement prédéfinis ; parce que la variété des moyens envisageables pour parfaire l'égalité est véritablement infinie ; parce que certains de ces moyens ont un caractère purement politique ; parce qu'un bon nombre d'entre eux a des conséquences aussi bien financières qu'institutionnelles ; parce que certains de ces moyens suscitent de profondes controverses, à l'instar de la technique de la discrimination positive ; parce qu'il est hautement souhaitable que la nature des obligations mises à la charge de l'État en ce domaine soit clairement identifiée ; parce que de telles obligations se concilient parfois difficilement avec un contrôle juridictionnel ; parce qu'elles s'accordent mieux avec un droit

¹⁰⁵⁷ Comme le fait observer P. Rolland, au terme d'une étude sur la nature du contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme, « le risque d'un "gouvernement des juges", si on peut se permettre de transcrire ainsi la question générale du contrôle juridictionnel maximum des actes de l'État. Le risque ne provient que de l'interprétation du contenu des obligations conventionnelles. Mais en ce domaine la Cour européenne des droits de l'homme semble avoir mis en place des "garde-fous", qui devraient l'empêcher de se substituer purement et simplement au législateur européen » ; P. Rolland, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? – Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme », in D. Rousseau et F. Sudre (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme – Droits et libertés en Europe*, Paris, STH, 1990 (pp. 47-75), p. 75.

international dont l'intensité normative est atténuée, en ménageant une certaine souplesse au profit de l'État ; pour toutes ces raisons et quelques autres encore, il semble légitime de renvoyer la question des obligations positives en matière d'égalité vers des instruments *ad hoc*, dont c'est précisément l'objet.

De tels outils existent : ils traitent de questions aussi différentes que la lutte contre les discriminations fondées sur le sexe, la race ou l'appartenance à une minorité, le handicap, etc.¹⁰⁵⁸ Pour prendre l'exacte mesure de ce qu'implique une dimension "positive" de l'égalité, de ce qu'une telle assertion signifie concrètement, il nous paraît utile de prendre l'exemple précis des instruments internationaux destinés à améliorer l'égalité entre les hommes et les femmes.

¹⁰⁵⁸ Sur le problème de la lutte contre la discrimination raciale, voir notamment le numéro spécial consacré à la question par la Revue trimestrielle des droits de l'homme (*RTDH* 2001, n° 46, numéro spécial, *Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie*), particulièrement pour ce qui concerne la problématique ici développée : J.-F. Flauss, « L'action de l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie », pp. 487-515 et R. de Gouttes, « Le rôle du Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale », pp. 567-584.

Chapitre 2. Le légitime renvoi des obligations positives en matière d'égalité vers des instruments internationaux *ad hoc* : l'exemple des obligations positives pour l'amélioration de l'égalité entre les hommes et les femmes¹⁰⁵⁹

Comme cela a déjà pu être souligné, les maigres écrits traitant de la question d'éventuelles obligations positives en matière d'égalité manquent parfois de précision et semblent souvent sous-estimer la réalité des enjeux, notamment quant aux contours exacts de la portée pratique d'une obligation de ce type dans le cadre de la Convention et quant à ses implications concrètes¹⁰⁶⁰. Voilà pourquoi il est indispensable de présenter, de manière précise et détaillée, ce qu'une telle question recoupe effectivement. Aussi, il nous a paru nécessaire de prendre l'exemple de la lutte contre les inégalités entre les hommes et les femmes, et de se plonger dans la matérialité des mesures visant à rendre l'égalité plus effective en ce domaine. L'intérêt d'un tel exposé se manifeste en creux, pour ainsi dire. Cette présentation permettra de mettre en lumière toutes les propriétés que la Convention européenne des droits de l'homme ne possède *pas* : la manière dont elle n'est *pas* rédigée, le type de contrôle qu'elle n'organise *pas* ; bref toutes les qualités qu'elle n'a pas, mais que remplissent précisément les instruments *ad hoc* en matière de lutte contre les discriminations sexuelles. Nous pourrions alors observer à quoi ressemblent, d'une part, des dispositions juridiques qui ont été rédigées dans l'intention de mettre à la charge de l'État des obligations positives en matière de non-discrimination et, d'autre part, des mesures concrètes qu'un État peut être amené à adopter pour y satisfaire. Soulignons que l'importance de la digression à venir est nécessitée par l'ampleur des carences grevant la discussion actuelle sur le sujet. Réitérons aussi qu'elle permettra de prendre concrètement la mesure des raisons pour

¹⁰⁵⁹ Pour un inventaire exhaustif des instruments internationaux relatifs à la protection de la femme : G. Alfredsson et K. Tomasevski (eds.), *A thematic guide to documents on the human rights of women - global and regional standards adopted by intergovernmental organizations, international non-governmental organizations and professional associations*, The Raoul Wallenberg institute human rights guide, La Haye, Nijhoff, 1995, volume 1. Voir aussi : J. Symonides (dir.), *The struggle against discrimination. A collection of international instruments adopted by the United Nations System*, Paris, UNESCO, 1996. Ou encore : *Traités/conventions concernant les droits des femmes*, document du Parlement européen, FEMM 108 FR, ronéo. Pour un inventaire des textes pertinents dans le cadre du Conseil de l'Europe : voir le *Recueil des textes adoptés au niveau du Conseil de l'Europe concernant les droits fondamentaux des femmes et des hommes (1995-1999)*, document du Conseil de l'Europe, EG (99) 8 ronéo. Dans le cadre communautaire : *Égalité des chances entre les femmes et les hommes, textes communautaires*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1999.

¹⁰⁶⁰ Voir par exemple : A. MacColgan, « Principles of Equality and Protection from Discrimination in International Human Rights Law », *EHRLR* 2003, pp. 157-175.

lesquelles il est, d'une manière générale, légitime de réserver la question des obligations positives dans le domaine de l'égalité aux instruments internationaux *ad hoc*.

Au niveau universel, les Nations Unies¹⁰⁶¹ ou l'Organisation internationale du travail¹⁰⁶², et au niveau régional, le Conseil de l'Europe¹⁰⁶³ ou l'Union européenne¹⁰⁶⁴, ont tous élaboré des textes qui se donnent pour objectif, principal ou incident, de réduire les inégalités entre les hommes et les femmes, et préconisent que des mesures soient prises en ce sens. Les instruments de lutte contre les discriminations sexuelles qui ont été adoptés au sein de ces différentes organisations seront donc pris en exemple en tant qu'ils sont paradigmatiques de la problématique des obligations positives destinées à améliorer l'égalité.

Il ne s'agira pas, ici, de faire un inventaire de l'ensemble des mesures positives préconisées par tous ces textes (le sujet est tellement vaste qu'il déborde trop largement le cadre de la présente étude et constitue un objet de recherche en soi), mais surtout de mettre en lumière les propriétés communes à tous ces instruments juridiques. Auparavant, il importe néanmoins de relever qu'il existe entre eux une importante ligne de fracture, à savoir que certains de ces textes sont nominalement des normes dites de *hard law* alors que les autres

¹⁰⁶¹ Concernant la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979 : voir *Discrimination à l'égard des femmes : la Convention et le Comité – fiche d'information n° 22*, Genève, publication des Nations Unies, 1995 ; R. Letteron, « Les droits des femmes entre l'égalité et l'apartheid juridique », in *Mélanges offerts à Hubert Thierry – L'évolution du droit international*, Paris, Pédone, 1998, pp. 281-305 ; C. Bunch, « Women's Rights as Human Rights : towards a Re-vision of Human Rights », *Human Rights Quarterly* 1990, vol. 12, p. 486.

¹⁰⁶² Dans la doctrine qui touche à la question de l'égalité dans le domaine du travail et dans les Conventions de l'Organisation internationale du travail : il faut mentionner le point de vue original sur l'égalité en cette matière de B. Hepple : « Égalité et renforcement du pouvoir d'action pour un travail décent », *Revue internationale du travail* 2001, vol. 140, n° 1, pp. 7-22.

¹⁰⁶³ Pour une information complète concernant la Charte sociale européenne : *Charte sociale européenne, Recueil de textes* (2^e édition), Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2000 ; *Charte sociale européenne, Vade-mecum*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2000 ; *L'égalité entre les femmes et les hommes dans la Charte sociale européenne*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1998. *Application de la Charte sociale européenne, aperçu pays par pays – 2001*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2001.

¹⁰⁶⁴ En ce qui concerne l'Union européenne, voir notamment : C. Barnard, « L'égalité des sexes dans l'Union européenne : un bilan », in Ph. Alston (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 219-289 ; O. De Schutter, *Discriminations et marché du travail – Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Bruxelles, Presses interuniversitaires européennes/P. Lang, 2001 ; L. Heide, « La lutte contre la discrimination selon le sexe au niveau supranational : l'égalité de rémunération et de traitement dans l'Union européenne », *Revue internationale du travail* (numéro spécial : *Femmes, genre et travail* [2^e partie]) 1999, vol. 138, n° 4, pp. 421-454 ; L. Dubouis (dir.), *Droit communautaire et protection des droits fondamentaux dans les États membres*, Paris, Economica, 1995 ; A. Haquet, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *Revue trimestrielle de droit européen* 2001, pp. 305-333. Voir aussi : *Égalité de traitement entre hommes et femmes en droit communautaire et en droit européen*, Paris, Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris, 1995 ; S. Leclerc, « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes : l'ascension d'un droit social fondamental », in S. Leclerc, J.-F. Akandji-Kombé, M.-J. Redor (dir.), *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 197-222 ; J.-P. Colin, « La femme dans tous ses droits : l'évolution de la protection internationale des droits de la femme », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, Presses universitaires de Grenoble, 1995, pp. 127-140. S. Koukoulis-Spiliotopoulos, « From Formal to Substantive Gender Equality – Are International and Community Law Converging ? », *REDP* 1999, vol. 11, n° 2 (n° spécial : *Le principe d'égalité*), pp. 515-564.

relèvent de la *soft law* ; l'extrême faiblesse de la normativité de ces dernières explique que les seuls exemples qui seront présentés appartiendront à la catégorie d'instruments qui sont formellement obligatoires du point de vue du droit international. Il n'en reste pas moins que les conclusions qui seront dégagées dans les développements qui vont suivre sont pareillement valables dans l'une et l'autre hypothèses.

Compte tenu de l'extraordinaire multiplicité des inégalités factuelles¹⁰⁶⁵, compte tenu également de la prodigieuse variété des moyens permettant d'y remédier, compte tenu parfois de leur extrême complexité, compte tenu enfin de l'importance de l'enjeu, consistant à imposer à l'État de mettre en place une législation particulière, il est primordial que de telles obligations étatiques résultent, dans la plus large mesure possible, du consentement éclairé de l'État. À la différence de la Convention européenne des droits de l'homme, ces instruments internationaux ont l'avantage d'avoir pour objet de désigner de manière circonstanciée les inégalités à combattre, de définir exactement les situations qui appellent une action de la part de l'État et de réclamer formellement l'adoption par ce dernier d'une législation sur une question spéciale. En acquiesçant à de tels instruments, l'État accepte en connaissance de cause les domaines spécifiques dans lesquels il convient de promouvoir une égalité plus effective et la nature de l'obligation à laquelle il doit satisfaire. En bref, les normes internationales spécialement vouées à l'approfondissement de l'égalité entre les sexes présentent deux avantages essentiels : le caractère explicite du consentement à se voir imposer des obligations positives d'une part (section 1), et la possibilité d'en déterminer la portée exacte d'autre part (section 2).

Section 1. La prédétermination exacte des domaines de progression de l'égalité des sexes

Sur la question des mesures positives visant à améliorer l'effectivité d'un droit : c'est parce que le champ des possibles qui existe en matière d'égalité est sans commune mesure avec celui d'une liberté (§ 2), quelle qu'elle soit, qu'il est crucial, d'un point de vue démocratique, que l'État donne son accord en ce qui concerne les "lieux" précis du champ social dans lesquels l'égalité doit être ainsi approfondie (§ 1).

¹⁰⁶⁵ Voir, par exemple, F. Dubet, *Les inégalités multipliées*, Paris, Éditions de l'aube, 2000 ; B. Hepple et E.M. Szyssczak (dir.), *Discrimination : the Limits of Law*, London, Mansell, 1992.

§ 1. Le consentement de l'État aux domaines dans lesquels l'égalité doit progresser

Le seul combat pour la réduction des inégalités entre les hommes et les femmes est extraordinairement vaste. Les textes internationaux pertinents sur cette question touchent une grande diversité de domaines du champ social. Les instruments les plus contraignants tendent principalement à la réduction des inégalités en matière économique et professionnelle : ceux-ci concernent aussi bien la question de l'accès et des conditions d'emploi, et notamment sa rémunération, que celle de la sécurité sociale ou de la formation professionnelle. D'autres textes internationaux, moins contraignants pour la plupart, incitent aussi à l'établissement d'une égalité plus effective entre les sexes dans le domaine de l'accès aux responsabilités politiques ou publiques¹⁰⁶⁶, ou bien même dans des secteurs aussi variés que ceux de la migration, de l'éducation, de la culture, du sport ou du milieu rural.

Notre analyse se restreindra à la lutte contre les discriminations sexuelles en matière économique, qui est historiquement et matériellement la plus importante. Parmi la pléthore de textes internationaux participant à la lutte contre les discriminations sexuelles en ce domaine, seront ici envisagés les instruments contraignants les plus significatifs. Au niveau universel, il convient de citer la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979¹⁰⁶⁷, les conventions relatives à l'égalité entre les femmes et les hommes dans le monde du travail conclues dans le cadre de l'Organisation internationale du travail dès 1951¹⁰⁶⁸ ainsi que les nombreuses recommandations et déclarations qui ont été prises au sein de ces organisations internationales respectives. Au

¹⁰⁶⁶ Citons par exemple la Convention sur les droits politiques des femmes, ouverte à la signature à New York le 31 mars 1953, entrée en vigueur le 7 juillet 1954.

¹⁰⁶⁷ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 1979 et entrée en vigueur le 3 septembre 1981. Voir notamment : S. Wright, « Human Rights and Women's Rights : an Analysis of United Nations Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women », in P. et K.E. Mahoney (dir.), *Human Rights in the twenty-first Century, a Global Challenge*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, pp. 75-88.

¹⁰⁶⁸ Les conventions de l'Organisation internationale du travail sur lesquelles nous nous pencherons principalement sont : la Convention sur l'égalité de rémunération n° 100 datant de 1951, la Convention sur la protection de la maternité n° 103 signée en 1952 et révisée par la Convention sur la protection de la maternité n° 183 adoptée en juin 2000, la Convention concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession n° 111 de 1958, la Convention sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales n° 156 de 1981. Il serait encore possible d'y adjoindre la Convention concernant le travail à temps partiel n° 175 adoptée en 1994 ainsi que la Convention sur les pires formes du travail des enfants, adoptée en juin 1999, qui appelle à la prise en compte de la situation particulière des filles. Mais il convient de citer aussi les Conventions n° 41 sur le travail de nuit des femmes, n° 89 sur le travail de nuit des femmes dans l'industrie, n° 45 sur les travaux souterrains (femmes), ainsi que les conventions n'ayant pas pour objet principal de lutter contre les inégalités sexuelles mais contenant des dispositions relatives aux droits de la femme et qui sont les conventions n° 122, n° 127, n° 129, n° 136, n° 142 et n° 158.

niveau régional ensuite : il faut mentionner là aussi un abondant droit déclaratoire¹⁰⁶⁹, mais il convient de relever plus encore, au sein du Conseil de l'Europe, les dispositions appelant à une lutte positive contre la discrimination sexuelle contenues dans les traités rassemblés sous l'appellation « Charte sociale européenne » depuis 1961¹⁰⁷⁰, et au sein de l'Union européenne, la série de directives communautaires traitant de l'égalité des sexes dans le domaine professionnel, commencée au milieu des années 1970¹⁰⁷¹.

Une des caractéristiques communes à l'ensemble de ces textes, qui peut paraître relever de l'évidence mais qui les distingue nettement de la Convention européenne des droits de l'homme, c'est de prévoir clairement que pèse sur l'État une obligation positive d'agir. Ces textes ont, en effet, pour objet explicite d'exiger des parties contractantes qu'elles aillent plus loin qu'une simple abstention de ne pas commettre de discriminations et qu'elles adoptent une

¹⁰⁶⁹ Concernant le Conseil de l'Europe, il convient de citer tout d'abord les différentes recommandations de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe : n° 1008 (1985), relative à la place des femmes dans la vie politique ; n° 1229 (1994) relative à l'égalité des droits entre les hommes et les femmes ; n° 1261 (1995) relative à la situation des femmes immigrées en Europe ; n° 1269 (1995) relative à un progrès tangible des droits des femmes ; n° 1271 (1995) relative aux discriminations entre les hommes et les femmes pour le choix du nom de famille et la transmission du nom des parents aux enfants ; n° 1321 (1997) relative à l'amélioration de la situation des femmes dans la société rurale ; n° 1325 (1997) relative à la traite des femmes et à la prostitution forcée dans les États membres du Conseil de l'Europe. Pour ce qui concerne le Comité des Ministres : voir la Déclaration sur l'égalité des femmes et des hommes du 16 novembre 1988 ; les Recommandations n° R(79) 10 concernant les femmes migrantes ; n° R(81) 15 concernant les droits des époux relatifs à l'occupation du logement de la famille et à l'utilisation des objets du ménage ; n° R(84) 17 relative à l'égalité entre les hommes et les femmes dans les médias ; n° R(85) 2 relative à la protection contre la discrimination fondée sur le sexe ; n° R(85) 4 sur la violence au sein de la famille ; n° R(90) 2 sur les mesures sociales concernant la violence au sein de la famille. En ce qui concerne l'Union européenne, il y a lieu de citer les Recommandations suivantes : n° 84/635/CEE relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes ; n° 87/567/CEE relative à la formation professionnelle des femmes ; n° 92/131/CEE sur la protection de la dignité des hommes et des femmes ; n° 92/241/CEE relative à la garde des enfants ; n° 96/694/CE relative à la participation équilibrée des femmes et des hommes aux processus de décision.

¹⁰⁷⁰ J.-P. Pancraccio, « Charte sociale et droit international public », in S. Leclerc et J.-F. Akandji-Kombé (dir.), *La Charte sociale européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 179-194 ; J.-M. Larralde, « Charte sociale européenne et Convention européenne des droits de l'homme », in S. Leclerc et J.-F. Akandji-Kombé (dir.), *La Charte sociale européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 123-148.

¹⁰⁷¹ Les principales directives examinées seront : la directive 75/117/CEE du Conseil concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins ; la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, directive elle-même modifiée par la directive 2002/73/CE ; la directive 79/7/CEE relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale. Mais il y a lieu de citer aussi : les directives 86/613/CEE sur l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, y compris une activité agricole ainsi que sur la protection de la maternité ; 92/85/CEE relative à la mise en œuvre des mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées, ou allaitantes au travail ; 96/34/CE concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, la CEEP et la CES ; 96/97/CE modifiant la directive 86/378/CEE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le régime professionnel de la sécurité sociale ; 97/80/CE relative à la charge de la preuve dans le cas de discriminations fondées sur le sexe ; 97/81/CE concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, la CEEP et la CES ; 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

réglementation qui permette de réduire les inégalités dans les domaines qu'ils régissent. Il nous semble, en effet, que la responsabilité de l'État ne peut être engagée en la matière sans une approbation préalable explicite. Et cela, pour des raisons qui tiennent autant au respect des règles les plus élémentaires du droit international qu'à l'infinité des solutions envisageables dans le domaine de l'égalité, de sorte que l'État ne saurait être sanctionné que si l'obligation à laquelle il a manqué était un tant soit peu identifiable ; un "minimum" identifiable, serait-on tenté de dire. Une rapide parenthèse à ce propos : rappelons que si dans le domaine des libertés, ce "minimum" peut – pour une certaine part, même abstraite – être identifié ; dans le domaine de l'égalité en revanche, il ne peut l'être car l'égalité demeure essentiellement une abstraction formelle tant qu'elle n'est pas plus précisée ou située que cela (comme c'est le cas dans la Convention européenne des droits de l'homme)¹⁰⁷². D'où la nécessité d'un assentiment étatique à de telles obligations. Cette exigence de consentement est satisfaite lorsqu'un État décide de ratifier une convention spécifique telle que, par exemple, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979. Elle l'est même encore lorsqu'un État européen a l'obligation d'appliquer les directives communautaires relatives à l'égalité des sexes dans le domaine de l'emploi ; cela non seulement parce qu'elles doivent trouver un fondement juridique dans le traité européen, mais plus encore parce que les directives en la matière procèdent toutes du Conseil, autrement dit de l'organe intergouvernemental de l'Union européenne.

§ 2. Une illustration de la diversité des domaines dans lesquels l'égalité doit progresser

L'objectif d'une égalité plus effective entre les sexes peut d'abord être atteint par une meilleure prise en compte de l'incidence sur le travail de la maternité. Ce souci est assez ancien puisque la constitution de l'Organisation internationale du travail affirmait déjà que la protection des femmes enceintes et des femmes en couches ne devait pas être considérée comme une discrimination. Ainsi, la Convention n° 103 de l'Organisation internationale du travail concernant « la protection de la maternité » de 1952 et révisée en 2000 par la

¹⁰⁷² L'objection selon laquelle les États contractants à la Convention européenne des droits de l'homme n'avaient pas pris toute la mesure de leur engagement le jour où ils ont signé ce traité et se sont vus imposer, dans le domaine de certaines libertés (l'article 8 par exemple), des obligations positives qui, à l'époque, restaient inimaginables, ne nous semble pas recevable en matière d'égalité, le champ des possibles en ce domaine étant sans commune mesure avec celui qui existe en matière de libertés. Hormis les quelques exceptions éventuellement envisageables (qui viseraient toutes, plus ou moins, à décalquer ou reproduire en droit interne la clause traditionnelle de non-discrimination incarnée, *grosso modo*, par l'article 14 de la Convention ou par l'article 1^{er} du Protocole n° 12 ; bref, qui obligerait l'État à "réaffirmer" une dimension défensive au niveau interne), l'égalité – si elle n'est pas précisée plus que cela – possède un champ virtuellement infini d'obligations positives. C'est toute la législation d'un État qui, dès lors qu'elle est comparativement objective et raisonnable, pourrait s'analyser comme étant une mesure ayant pour objet de rendre l'égalité plus effective.

Convention n° 183 du même nom, la directive européenne 92/85/CEE du Conseil concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, l'article 8 de la Charte sociale européenne de 1961, révisée en 1996, ainsi que l'article 11 § 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, du 18 décembre 1979, demandent aux États d'incorporer dans leur droit interne des mesures visant à protéger la grossesse et la maternité.

L'énoncé de ces mesures peut varier, mais le contenu desdites dispositions est pratiquement le même¹⁰⁷³. De manière schématique, elles réclament toutes la mise en place d'une législation qui organise au profit de la femme en situation de maternité le droit à un congé minimal oscillant entre douze et quatorze semaines. Ainsi, parmi les nombreuses mesures protectrices que la directive européenne de 1992 exige en la matière, il est prévu par exemple la disposition suivante : « (1) Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les travailleuses [...] bénéficient d'un congé de maternité d'au moins quatorze semaines continues, réparties avant et/ou après l'accouchement, conformément aux législations et/ou aux pratiques nationales. (2) Le congé de maternité visé au paragraphe 1 doit inclure un congé de maternité obligatoire d'au moins deux semaines, réparties avant et/ou après l'accouchement, conformément aux législations et/ou aux pratiques nationales ». Les textes internationaux pertinents réclament, en outre, la protection de la santé de la femme enceinte en situation d'emploi, la rémunération financière du congé de maternité, l'interdiction pendant une certaine période d'être licenciée pour cette raison, ou encore le ménagement de pauses d'allaitement. L'article 8 de la Charte sociale européenne est topique à cet égard : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit des travailleuses à la protection de la maternité, les Parties s'engagent : 1/ à assurer aux travailleuses, avant et après l'accouchement, un repos d'une durée totale de quatorze semaines au minimum, soit par un congé payé, soit par des prestations appropriées de sécurité sociale ou par des fonds publics ; 2/ à considérer comme illégal pour un employeur de signifier son licenciement à une femme pendant la période comprise entre le moment où elle notifie sa grossesse à son employeur et la fin de son congé de maternité, ou à une date telle que le délai de préavis expire pendant cette période ; 3/ à assurer aux mères qui allaitent leurs enfants des pauses suffisantes à cette fin ; 4/ à réglementer le travail de nuit des femmes enceintes, ayant récemment accouché ou allaitant leurs enfants ; 5/ à interdire l'emploi des femmes enceintes, ayant récemment accouché ou allaitant leurs enfants, à des travaux souterrains dans les mines et à tous autres travaux de caractère dangereux, insalubre ou pénible, et à prendre des mesures appropriées pour protéger les droits de ces femmes en matière d'emploi ». La Convention n° 183 de l'Organisation internationale du travail concernant « la protection de la maternité » de 2000 comporte des dispositions analogues ou connexes ; parmi celles-ci et à titre purement illustratif, il est possible de citer l'article 3 de cette Convention, caractéristique de la démarche à l'œuvre dans

¹⁰⁷³ Voir Document du Conseil de l'Europe : *Actions positives dans le domaine de l'égalité entre les femmes et les hommes*, EG-S-PA (2000) 7, ronéo., p. 29.

ce type d'instrument : « Tout membre doit, après consultation des organisations représentatives des employeurs et des travailleurs, adopter les mesures nécessaires pour que les femmes enceintes ou qui allaitent ne soient pas contraintes d'accomplir un travail qui a été déterminé par l'autorité compétente comme préjudiciable à leur santé ou celle de leur enfant, ou dont il a été établi par une évaluation qu'il comporte un risque significatif pour la santé de la mère ou celle de l'enfant ».

Révélatrice de la persistance des discriminations sexuelles et de la position encore vulnérable des femmes en matière d'emploi, la rémunération constitue un autre chapitre classique du combat pour l'égalité des sexes. Que ce soit la Convention de l'Organisation internationale du travail n° 100 de 1951¹⁰⁷⁴, la directive européenne 75/117/CEE¹⁰⁷⁵, l'article 4 § 3 de Charte sociale européenne de 1961¹⁰⁷⁶, ou l'article 11 § 1 (d) de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979¹⁰⁷⁷, tous ces instruments prescrivent aux États concernés de prendre des mesures appropriées ayant

¹⁰⁷⁴ Convention concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale, signée à Genève le 29 juin 1951, et entrée en vigueur le 23 mai 1953.

¹⁰⁷⁵ La directive européenne 75/117/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, consacrant le principe « à travail égal, salaire égal » formulé à l'article 119 du Traité CEE, est maintenant complétée par deux codes de pratiques destinés à donner des conseils concrets sur les mesures à prendre pour veiller à la mise en œuvre effective du « principe de l'égalité des rémunérations » : COM(94)6 et COM(94)336 final. À titre purement illustratif, parmi la série d'articles que comporte la directive, l'article 6 peut être cité comme étant caractéristique de ce qui est exigé : « les États membres prennent, conformément à leurs situations nationales et à leurs systèmes juridiques, les mesures nécessaires pour garantir l'application du principe de l'égalité des rémunérations. Il s'assurent de l'existence de moyens efficaces permettant de veiller au respect de ce principe ».

¹⁰⁷⁶ L'article 4 § 3 reconnaît le droit à l'égalité de rémunération pour les femmes et les hommes : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à une rémunération équitable, les Parties s'engagent [...] à reconnaître le droit des travailleurs masculins et féminins à une rémunération égale pour un travail de valeur égale ». Dans son dernier paragraphe, cet article précise que l'exercice d'un tel droit « doit être assuré soit par voie de conventions collectives librement conclues, soit par des méthodes légales de fixation des salaires, soit de toute autre manière appropriée aux conditions nationales ». Il est à noter que l'article 1^{er} du Protocole additionnel de 1988 vient réitérer et compléter les dispositions de la Charte dans le domaine de l'égalité des sexes, en consacrant les développements jurisprudentiels relatifs aux articles 1 § 2 et 4 § 3 et en élargissant la portée des engagements des Parties contractantes, notamment au regard des exigences d'une protection effective. Ce protocole a par la suite été intégré parmi les droits du noyau dur de la Charte révisée dans un article 20. Cette disposition énonce le droit des hommes et des femmes à l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession et se lit comme suit : « 1) En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession sans discrimination fondée sur le sexe, les Parties s'engagent à reconnaître ce droit et à prendre les mesures appropriées pour en assurer ou en promouvoir l'application dans les domaines suivants : a) accès à l'emploi, protection contre le licenciement et réinsertion professionnelle ; b) orientation et formation professionnelles, recyclage, réadaptation professionnelle ; c) conditions d'emploi et de travail, y compris la rémunération ; d) déroulement de la carrière, y compris la promotion ».

¹⁰⁷⁷ Cet article 11 se lit ainsi : « (1) Les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine de l'emploi, afin d'assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, les mêmes droits, et en particulier : [...] (d) le droit à l'égalité de rémunération, y compris de prestation, l'égalité de traitement pour un travail d'égale valeur aussi bien qu'à l'égalité de traitement en ce qui concerne l'évaluation de la qualité du travail ».

pour objet de reconnaître un droit des femmes et des hommes à une égalité de rémunération pour un travail de valeur égale.

Pour exemple, il est possible de citer l'article 2 de la Convention n° 100 de l'Organisation internationale du travail, qui prévoit que « 1/ Chaque membre devra, par des moyens adaptés aux méthodes en vigueur pour la fixation des taux de rémunération, encourager et, dans la mesure où ceci est compatible avec lesdites méthodes, assurer l'application à tous les travailleurs du principe de l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale. 2/ Ce principe pourra être appliqué au moyen : a) soit de la législation nationale ; b) soit de tout système de fixation de la rémunération établi ou reconnu par la législation ; c) soit de conventions collectives passées entre employeurs et travailleurs ; d) soit d'une combinaison entre ces divers moyens ». Cette même convention préconise ensuite que des « mesures seront prises pour encourager l'évaluation objective des emplois » et de la rémunération qui y est attachée (article 3¹⁰⁷⁸) en collaboration avec les organisations d'employeurs et de travailleurs intéressés (article 4¹⁰⁷⁹).

Le souci de remédier aux inégalités que subissent les femmes va bien au-delà de la seule rémunération : il s'étend encore aux conditions de travail elles-mêmes, aux conditions d'accès à l'emploi, à la formation, au déroulement de la carrière professionnelle. Sur ces sujets également, la Convention de l'Organisation internationale du travail n° 111 de 1958, la directive européenne 76/207/CEE du Conseil¹⁰⁸⁰, l'article 1 § 2 de la Charte sociale européenne de 1961¹⁰⁸¹, ou l'article 11 § 1 (b, c, f) de la Convention sur l'élimination de

¹⁰⁷⁸ Article 3 : « 1/ Lorsque de telles mesures seront de nature à faciliter l'application de la présente convention, des mesures seront prises pour encourager l'évaluation objective des emplois sur la base des travaux qu'ils comportent. 2/ Les méthodes à suivre pour cette évaluation pourront faire l'objet de décisions, soit de la part des autorités compétentes en ce qui concerne la fixation des taux de rémunération, soit, si les taux de rémunération sont fixés en vertu de conventions collectives, de la part des parties à ces conventions. 3/ Les différences entre les taux de rémunération qui correspondent, sans considération de sexe, à des différences résultant d'une telle évaluation objective dans les travaux à effectuer ne devront pas être considérées comme contraires au principe de l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale ».

¹⁰⁷⁹ Article 4 : « Chaque Membre collaborera, de la manière qui conviendra, avec les organisations d'employeurs et de travailleurs intéressés, en vue de donner effet aux dispositions de la présente convention ».

¹⁰⁸⁰ La directive européenne 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail ; directive elle-même modifiée par la directive 2002/73/CE.

¹⁰⁸¹ L'article 1^{er} de la Charte sociale européenne (celle de 1961 et celle révisée de 1996), relatif au droit au travail, comporte en effet un paragraphe 2 qui a été interprété par le Comité européen des droits sociaux (anciennement désigné Comité d'experts indépendants) comme imposant l'élimination de la discrimination dans l'emploi. Une telle portée a été dégagée à partir de l'affirmation contenue dans cette disposition selon laquelle : « en vue d'assurer l'exercice effectif du droit au travail, les Parties contractantes s'engagent [...] 2) à protéger de façon efficace le droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris ».

toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979¹⁰⁸², appellent les États intéressés à édicter des mesures visant à établir une égalité plus effective entre les sexes.

À titre d'illustration, les articles 2 et 3 de la Convention n° 111 de l'Organisation internationale du travail sont rédigés de la sorte : « Tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à formuler et à appliquer une politique nationale visant à promouvoir, par des méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux, l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, afin d'éliminer toute discrimination en cette matière » (article 2) ; « Tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur doit par des méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux : a) s'efforcer d'obtenir la collaboration des organisations d'employeurs et de travailleurs et d'autres organismes appropriés pour favoriser l'acceptation et l'application de cette politique ; b) promulguer des lois et encourager des programmes d'éducation propres à assurer cette acceptation et cette application ; c) abroger toute disposition législative et modifier toute disposition ou pratique administratives qui sont incompatibles avec ladite politique ; d) suivre ladite politique en ce qui concerne les emplois soumis au contrôle direct d'une autorité nationale ; e) assurer l'application de ladite politique dans les activités des services d'orientation professionnelle, de formation professionnelle et de placement soumis au contrôle d'une autorité nationale ; f) indiquer, dans ses rapports annuels sur l'application de la convention, les mesures prises conformément à cette politique et les résultats obtenus » (article 3). Dans le même esprit, la directive européenne 76/207/CEE prévoit qu'en ce qui concerne « les conditions d'accès, y compris les critères de sélection, aux emplois ou postes de travail, quel qu'en soit le secteur ou la branche d'activité, et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle » (article 3), « l'accès à tous les types et à tous les niveaux d'orientation professionnelle, de formation, de perfectionnement et de recyclage professionnels » (article 4), « les conditions de travail, y compris les conditions de licenciement » (article 5), « les États membres prennent les mesures nécessaires afin que : a) soient supprimées les dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires au principe de l'égalité de traitement ; b) soient nulles, puissent être déclarées nulles ou puissent être amendées les dispositions contraires au principe de l'égalité de traitement qui figurent dans les conventions collectives ou dans les contrats individuels de travail, dans les règlements intérieurs des entreprises, ainsi que dans les statuts des professions indépendantes » (articles 3, 4 et 5) ; « c) soient révisées celles des dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires au principe de l'égalité de traitement pour

¹⁰⁸² Cet article 11 se lit ainsi : « (1) Les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine de l'emploi, afin d'assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, les mêmes droits, et en particulier : [...] (b) le droit aux mêmes possibilités d'emploi, y compris l'application des mêmes critères de sélection en matière d'emploi ; (c) le droit au libre choix de la profession et de l'emploi, le droit à la promotion, à la stabilité de l'emploi et à toutes les prestations et conditions de travail, le droit à la formation professionnelle et au recyclage, y compris l'apprentissage, le perfectionnement professionnel et la formation permanente ; [...] (f) le droit à la protection de la santé et à la sécurité des conditions de travail, y compris la sauvegarde de la fonction de reproduction ».

lesquelles le souci de protection qui les a inspirées à l'origine n'est plus fondé ; que, pour les dispositions conventionnelles de même nature, les partenaires sociaux soient invités à procéder aux révisions souhaitables » (articles 3 et 5).

La lutte contre la discrimination sexuelle peut aussi concerner le système judiciaire et, plus spécifiquement, un allègement des règles de procédure régissant la charge de la preuve d'un traitement de cette sorte, lequel peut ainsi être partiellement présumé¹⁰⁸³. Le combat contre les inégalités à l'encontre des femmes touche encore le domaine de la sécurité sociale¹⁰⁸⁴ ; de surcroît, les normes internationales d'égalité des sexes poussent les États à adopter des mesures permettant aux femmes et aux hommes de mieux concilier leurs obligations professionnelles et familiales¹⁰⁸⁵ et ainsi à offrir des remèdes aux handicaps liés aux nombreuses conséquences générées par la persistance culturelle de la division sexuelle des tâches, laquelle tend encore à assigner la femme dans les responsabilités familiales et domestiques¹⁰⁸⁶.

C'est ici que s'achève ce tableau qui se proposait de donner un aperçu des normes visant à établir une égalité plus effective entre les hommes et les femmes dans le (seul)

¹⁰⁸³ Entérinant la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, l'article 4 de la directive européenne 97/80/CE relative à la charge de la preuve prévoit que les États membres prennent les mesures pouvant être nécessaires, conformément à leur système judiciaire national, afin de veiller à ce que : « [...] dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe d'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu de violation du principe d'égalité de traitement ». Ce renversement partiel de la charge de la preuve résulte aussi de la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux au titre de l'article 4 § 3 de la Charte sociale européenne et surtout de l'article 1^{er} du Protocole additionnel.

¹⁰⁸⁴ La lutte contre les discriminations sexuelles dans le domaine de la sécurité sociale est abordée par la directive européenne 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, par l'article 11 § 1 (e) de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979, et dans une mesure moins explicite, par l'article 20 de la Charte sociale européenne de 1996 (lequel correspond à l'article 1^{er} du Protocole additionnel de 1988) ; l'Organisation internationale du travail n'a pas élaboré de convention spécifique sur cette question, cependant la promotion de l'égalité entre les sexes dans les régimes légaux de sécurité fait partie de ses priorités.

¹⁰⁸⁵ Les textes pertinents sur ce point sont les suivants : la Convention de l'Organisation internationale du travail n° 156 de 1981 (concernant l'égalité des chances et de traitement pour les travailleurs des deux sexes : travailleurs ayant des responsabilités familiales), la directive européenne 96/34/CE du Conseil (concernant l'accord-cadre sur le congé parental), les articles 16 (relatif au droit de la famille à une protection sociale, juridique et économique) et 17 (relatif au droit de la mère et de l'enfant à une protection sociale) de Charte sociale européenne de 1961, l'article 27 de la Charte sociale révisée de 1996 (relatif au droit des travailleurs ayant des responsabilités familiales à l'égalité des chances et de traitement), ou l'article 11 § 2 (c) de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979. Dans le cadre communautaire, on peut retenir l'article 33 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée à Nice le 7 décembre 2000.

¹⁰⁸⁶ S. Agacinski souligne à ce propos que la seule façon de penser la libération économique des femmes a consisté à faire entrer les femmes dans la sphère économique (capitaliste ou socialiste) telle qu'elle était ; mais que l'espace familial privé, laissé à la responsabilité des femmes, est resté étranger à l'espace économique proprement dit et qu'ainsi, le travail qui s'y fait n'existe pas en tant que travail reconnu : S. Agacinski, *Politique des sexes*, Seuil, Paris, 1998, pp. 88-98.

domaine économique, et qui n'est en réalité qu'une simple esquisse tant le sujet est incommensurablement vaste. Cette ébauche n'a, en effet, pas d'autre objectif que de souligner l'extrême diversité des domaines concernés. Une autre caractéristique ressort cependant également de la lecture de ces textes, à savoir la relative flexibilité des obligations qu'ils posent. Cette souplesse des obligations en la matière, que montre clairement la formulation des clauses reproduites, traduit l'immense variété des moyens par lesquels l'égalité peut être améliorée et dont le choix est, pour une certaine part, laissé à l'État. En signant ces instruments, les États ont donc clairement exprimé leur intention que les textes paraphés déterminent les moyens par lesquels l'égalité peut être améliorée d'une manière qui reste minimale.

Section 2. La prédétermination exacte de la nature de l'obligation pour la progression de l'égalité des sexes

Qu'ils relèvent de la *hard law* ou de la *soft law*, les instruments de promotion de l'égalité entre les sexes sont topiques de la nécessité de préserver jusqu'à un certain point le rôle politique des États : soit en exprimant des prescriptions purement incitatives qui, par définition, relèvent du droit déclaratoire ou programmatore¹⁰⁸⁷ ; soit en énonçant des obligations véritablement contraignantes, mais qui restent relativement flexibles. Ce sont ces dernières qui, là encore, seront prioritairement retenues.

§ 1. Le consentement de l'État à une obligation dont l'intensité normative est atténuée

L'autre grande caractéristique commune à l'ensemble des instruments de lutte contre les inégalités entre les hommes et les femmes réside dans le fait que ceux-ci se contentent, le plus souvent, de fixer les domaines dans lesquels il convient de parvenir à une égalité plus effective, mais laissent à l'État le choix des moyens pour atteindre les différents objectifs spécifiques ou sectoriels déterminés. C'est, là, une preuve supplémentaire de l'extrême pluralité des alternatives possibles en matière d'égalité, et de ce fait aussi, un avantage certain du point de vue de la souveraineté démocratique des États européens. Ce constat selon lequel

¹⁰⁸⁷ Sur ce point voir : E. Decaux, « Droit déclaratoire et droit programmatore » in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, actes du XXXI^e colloque de la Société française pour le droit international (SFDI) à Strasbourg (mai 1997), Paris, Pédone, 1998, pp. 81-120.

les outils juridiques internationaux visant à améliorer l'égalité se caractérisent par une certaine souplesse des obligations qu'ils posent est effectivement révélateur du caractère plus politique que proprement juridique de la progression de l'égalité, compte tenu de l'extrême diversité des moyens permettant d'améliorer l'égalité. En effet, même lorsque les États se sont accordés sur le domaine dans lequel ils comptent combattre les inégalités telles que les discriminations sexuelles, les normes internationales en charge d'un tel objet ont, d'une façon globale, pour caractéristique de poser un droit dont l'intensité normative est atténuée. En d'autres termes, les instruments en charge de l'amélioration de l'égalité posent bien moins des droits précis et déterminés que des objectifs, certes spécifiques et circonstanciés, mais qui ménagent au bénéfice de l'État une liberté de choix des solutions visant à réduire les inégalités.

Du point de vue de leur normativité, tous les instruments précédemment étudiés posent des règles qui sont juridiquement contraignantes à l'égard des États concernés : soit parce qu'il s'agit d'actes unilatéraux obligatoires émanant d'une organisation internationale, dans le cas des directives européennes¹⁰⁸⁸ ; soit parce qu'il s'agit de véritables traités internationaux, dans le cas des autres instruments indiqués. Et bien que l'autorité de ces textes reste largement tributaire du type de procédure de contrôle qui y est attachée¹⁰⁸⁹, contentieuse pour certains, non-contentieuse pour d'autres, ces instruments posent tous des normes rigoureusement obligatoires. Cependant, il convient de remarquer que dans tous les cas – même celui des directives européennes, lesquelles possèdent une très grande force contraignante – les normes en question se caractérisent par une certaine souplesse des obligations qu'elles posent¹⁰⁹⁰. Cette atténuation de l'intensité normative¹⁰⁹¹ des instruments de promotion de l'égalité est, dans une certaine mesure, inhérente à la matière.

En d'autres termes, les instruments en question ont tendance à préciser les secteurs dans lesquels il convient d'améliorer l'égalité entre les hommes et les femmes, mais laissent une marge de manœuvre dans le choix des différentes mesures qui permettent d'accomplir un tel objectif.

¹⁰⁸⁸ Voir, D. Simon, *La directive européenne*, Paris, Dalloz, 1997 ; *idem*, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 1998, pp. 222-230.

¹⁰⁸⁹ G. Malinverni, « Les mécanismes de contrôle international du respect des droits de l'homme », in *Contribution à l'année internationale de la paix, Les cahiers du droit public*, Bordeaux, CERIM, 1989, pp. 157-167 ; F.M. van Asbeck, « Quelques aspects du contrôle international non-judiciaire de l'application par les gouvernements de conventions internationales », in *Questions de droit international – Liber amicorum offert à Jean-Pierre Adrien François*, Sijthoff, 1959, pp. 27-41.

¹⁰⁹⁰ Pour une analyse sous cet angle des conséquences qu'en tire au niveau interne français le Conseil d'État : Y. Galland, « L'autolimitation du juge administratif face aux directives communautaires », *AJDA* 2002, pp. 725-732.

¹⁰⁹¹ Voir sur la question de la normativité des obligations étatiques découlant des conventions de protection des droits de l'homme : J.-F. Flauss, « La protection des droits de l'homme et les sources du droit international », in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, actes du XXXI^e colloque de la Société française pour le droit international (SFDI) à Strasbourg (mai 1997), Paris, Pédone, 1998, pp. 29-30.

§ 2. Une illustration de la diversité et de la liberté des moyens de l'amélioration de l'égalité des sexes

Tels qu'ils sont rédigés, les outils de promotion de l'égalité des sexes ont le plus souvent comme particularité de se contenter de déterminer un résultat à atteindre dans un secteur spécifié et de laisser à l'État une liberté de moyens pour le réaliser. En d'autres termes, la (pré)détermination du contenu de la norme que l'État devra adopter y reste souvent minimale. L'existence d'une marge nationale d'appréciation constitue la règle en la matière. Elle peut cependant être plus ou moins étroite et varier selon le type de discrimination.

La majorité¹⁰⁹² des inégalités auxquelles ces instruments internationaux veulent mettre fin sont des inégalités de fait ; or, plus ces dernières sont clairement identifiables, plus les textes internationaux se révéleront être directifs et explicites en ce qui concerne la teneur des mesures que l'État doit adopter. Aussi, lorsqu'il s'agit d'éviter les discriminations liées aux effets de la maternité sur l'emploi, les mesures que l'État est appelé à prendre sur ce sujet sont définies avec une relative exactitude compte tenu du fait que l'enfantement constitue un fait objectif d'ordre biologique clairement discernable¹⁰⁹³ et que, dans cette hypothèse-ci, le critère de l'appartenance sexuelle entraîne des conséquences en droite ligne sur la situation professionnelle.

En outre, les réponses qui peuvent être apportées à la progression de l'égalité entre les hommes et les femmes ne sont pas seulement complexes, elles sont multiples : elles relèvent aussi bien de solutions circonstanciées que de véritables politiques publiques, de sorte qu'elles sont largement fonction des particularités nationales. Ces différents éléments expliquent sans doute que les textes internationaux en la matière se contentent de définir de manière minimale l'obligation positive qu'ils mettent à la charge de l'État et qu'il existe une infinité de moyens de combattre les discriminations sexuelles. Les cataloguer est une tâche éminemment ardue.

L'enjeu des textes en présence étant celui de parfaire l'égalité, les dispositions que l'État est tenu d'adopter emprunteront, en toute logique, les deux canaux de l'égalité que sont

¹⁰⁹² Certes, les normes internationales de lutte contre les discriminations sexuelles exigent parfois une action étatique pour mettre un terme à des inégalités d'ordre juridique (qui, pour une raison ou pour une autre, échappent à la censure des clauses traditionnelles de non-discrimination), mais ce n'est pas leur préoccupation principale dans la mesure où l'égalité juridique est aujourd'hui largement acquise dans les États européens : le souci de supprimer les discriminations juridiques demeure néanmoins présent, de manière marginale, dans le domaine privé tel que celui des conventions collectives, des contrats individuels de travail, des règlements intérieurs des entreprises ou les statuts des professions indépendantes. Voir à ce propos, par exemple, l'article 3 de la directive européenne 76/207/CEE précédemment citée.

¹⁰⁹³ Pour une revalorisation philosophique de la maternité comme expérience privilégiée de la responsabilité et comme modèle universel d'ouverture à l'autre : S. Agacinski, *Politique des sexes*, Paris, Seuil, 1998, pp. 59-80. Critiquant Simone de Beauvoir, l'auteur appelle à rompre avec la logique du *Deuxième sexe* en soutenant qu'il n'y a pas de contradiction entre la liberté des femmes et leur "destin biologique".

l'identité et la différence de traitement¹⁰⁹⁴. Autrement dit, il s'agira d'une législation qui, soit tend à refuser que le critère du sexe puisse, sur certaines questions, être pertinent pour fonder une différence de traitement comme c'est le cas en matière de rémunération, soit vise à imposer le critère du sexe comme étant (jusqu'à un certain point, tout du moins) pertinent pour opérer des distinctions entre hommes et femmes. C'est bien sûr ce second cas de figure qui peut, dans certaines hypothèses, soulever des problèmes au regard de la liberté individuelle des uns et des autres, dans la mesure où la pertinence d'une différenciation en fonction du sexe n'est pas d'une intensité uniforme suivant le domaine en cause. De plus, tous les intérêts juridiques dans lesquels les distinctions hommes/femmes s'opèrent n'engagent pas la Liberté humaine avec la même force. Dans ces conditions, il nous semble que les mesures consacrées à l'amélioration de l'égalité entre les hommes et les femmes pourraient s'analyser suivant deux catégories principales : celles qui engageraient frontalement une liberté économique (A) et celles qui ne le feraient que d'une manière très contingente (B).

A. Les mesures engageant frontalement une liberté économique : le choix entre des mesures qui instaurent, ou non, des discriminations positives

Les moyens de l'approfondissement de l'égalité étant presque illimités, les instruments de lutte contre les discriminations sexuelles se contentent de définir un standard minimum, dont il vient d'être souligné qu'il est lui-même déjà caractérisé par son extrême diversité. Il nous semble qu'il est néanmoins possible de distinguer deux types principaux de mesures de lutte contre les discriminations sexuelles : d'une part, celles qui s'analysent comme ce qu'il serait possible d'appeler des mesures "ordinaires" ou "neutres" de réalisation de l'égalité, c'est-à-dire des mesures qui n'impliquent aucune suspension du principe de non-discrimination et le respectent de bout en bout ; et, d'autre part, celles que l'on pourrait désigner comme des mesures "extraordinaires" ou "ambivalentes" de réalisation de l'égalité, en ce sens qu'elles impliquent une suspension du principe de non-discrimination (ou si l'on préfère une dérogation à un tel principe) car elles établissent des discriminations positives.

Concernant, en premier lieu, les mesures qui ne suspendent pas le principe d'égalité, il convient de noter que même lorsqu'une question se prête assez bien à la définition du contenu de l'obligation positive mise à la charge de l'État, ce dernier reste encore relativement libre des modalités pour y satisfaire, et notamment d'aller au-delà des exigences minimales requises. De fait, parmi l'ensemble des dispositions qui doivent être prises en faveur de la

¹⁰⁹⁴ La question de savoir s'il convient de mettre l'accent sur l'identité ou sur la différence relève d'un véritable débat de fond : celui-ci se retrouve d'ailleurs chez les féministes, clivées entre les "différencialistes" et les "universalistes". Pour une analyse limpide des débats féministes sur, notamment, la parité, la féminisation des noms, le travail de nuit ou la prostitution : N. Heinich, « Les contradictions actuelles du féminisme », *Esprit* n° 273, mars-avril 2001 (*L'un et l'autre sexe*), pp. 203-219. Voir aussi G. Fraisse, « La controverse des sexes », in Y. Michaud (dir.), *L'Université de tous les savoirs – La société et les relations sociales*, Paris, Odile Jacob, 2002, pp. 163-174.

femme enceinte, les législations nationales qui réglementent la rémunération pendant la période de congé de maternité peuvent être citées comme un exemple de la diversité des moyens mis à la disposition des États pour satisfaire à leurs obligations. Ainsi, certaines solutions contribueront d'autant plus à lever les barrières à l'embauche des femmes, et donc à une égalité plus effective entre les sexes, que le système choisi par l'État ne concentre pas le coût de l'indemnisation sur l'employeur. Dans cet esprit, la Belgique a mis en place un système original d' "assurance-maternité", financé par *tous* les employeurs sous la forme d'une augmentation des cotisations patronales versées au secteur de l'assurance-maladie-invalidité ; c'est donc par le biais de cette dernière ou des mutuelles que, dès le premier jour de son congé de maternité, la travailleuse est indemnisée. Autre exemple de la diversité des moyens permettant d'améliorer l'effectivité de l'égalité entre les hommes et les femmes en matière professionnelle : celui de l'Espagne. Pour aider les employeurs à ne pas considérer la maternité comme un handicap pour leur entreprise, des dispositions ont été prises afin de les encourager à accorder des contrats en remplacement d'employées devant s'absenter pour s'occuper d'enfants, en exemptant l'employeur du paiement de la part de la cotisation de sécurité sociale qui est à sa charge.

La législation qui accorde un congé de maternité et toutes les règles d'accompagnement pour le garantir sont des mesures qui engagent frontalement la liberté économique principalement en cause ici, à savoir le droit au travail. L'ensemble des droits octroyés aux femmes en la matière ont pour objet de compenser les effets négatifs que, sans cela, la situation de maternité n'aurait pas manqué d'occasionner sur leur vie professionnelle. La différence de traitement entre les femmes et les hommes repose sur un fondement qui est évidemment objectif puisqu'il est d'ordre biologique, en ce sens qu'il se laisse clairement identifier et isoler. En d'autres termes, il existe un rapport immédiat (ou complet) entre d'une part, l'appartenance sexuée (et plus exactement, les effets d'une telle appartenance sur la vie professionnelle) et d'autre part, les mesures dont profitent les femmes (à la différence des hommes qui n'en bénéficient pas). L'objectivité des distinctions opérées entre les sexes en la matière est à ce point transparente qu'il est à peine besoin de la relever. Le faire permet cependant de les distinguer des mesures introduisant des discriminations positives, lesquelles se caractérisent par le lien médiat (ou partiel) que le critère du sexe entretient avec les distinctions qu'elles opèrent et impliquent une suspension temporaire du principe de non-discrimination.

Concernant, en second lieu, les législations nationales qui instaurent des discriminations positives, il est nécessaire de préciser que ces dernières sont ici envisagées principalement du point de vue de leur dimension positive, en tant que mesures orientées vers la promotion d'une égalité plus effective, ainsi que du point de vue de leur caractère purement facultatif. Elles seront abordées ultérieurement en tant que telles, et notamment du point de vue de leur compatibilité avec le principe de non-discrimination, puisque l'absence

d'objectivité immédiate qui caractérise ce genre de traitement pose des problèmes redoutables au regard des valeurs modernes d'égalité et de liberté individuelles.¹⁰⁹⁵

La nature particulière de ce type d'action explique qu'aucun des instruments internationaux de promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes n'oblige, et sous quelque forme que ce soit, les États signataires à prendre des mesures de "discrimination positive". À chaque fois qu'il est fait expressément mention de ce type de mesures – et bien qu'elles se trouvent insérées dans un instrument qui est nominalelement obligatoire – les dispositions qui en font état sont rédigées de façon à apparaître comme des clauses purement incitatives ou déclaratives. Comme cela a été relevé dans plusieurs rapports d'experts spécialement consacrés à cette question pour le compte du Conseil de l'Europe : tant au niveau international qu'au niveau national, « l'action positive n'y est presque jamais présentée que comme acceptable, ou souhaitable, dans certaines limites, jamais comme obligatoire »¹⁰⁹⁶. Le droit international prend acte de ce qu'elle participe à la réalisation d'une égalité plus effective entre les sexes, mais laisse les États libres de l'adopter ou non. Autrement dit, les mesures qui procèdent à des "discriminations positives" vont au-delà du standard minimum exigé par les instruments en question. Dans ces conditions, il est possible d'affirmer que les mesures nationales qui instaurent des discriminations positives procèdent toutes de la libre volonté des États et que leur caractère facultatif correspond à une *opinio juris* européenne.

En conséquence, pas même une interprétation systématique du principe d'égalité qu'énonce la Convention européenne des droits de l'homme – c'est-à-dire une herméneutique qui procéderait à une lecture de l'article 14 et de l'article 1er du Protocole n° 12 à la lumière des instruments spécialement voués à la progression de l'égalité entre les hommes et les femmes, autrement dit une argumentation qui irait chercher des matériaux d'interprétation hors du texte de la Convention – pas même cette démarche-là, ne pourrait parvenir à établir

¹⁰⁹⁵ Voir *infra* p. 435.

¹⁰⁹⁶ Document du Conseil de l'Europe : *Actions positives dans le domaine de l'égalité entre les femmes et les hommes*, EG-S-PA (2000) 7, p. 119. Ce comité d'experts précise immédiatement : « De la plupart des règles applicables, il résulte en effet que les autorités compétentes sont, soit reconnues fondées à adopter temporairement des mesures de l'espèce sans que cela soit considéré comme un acte de discrimination*, soit invitées à agir en ce sens** » (à condition – conviendrait-il d'ajouter selon nous – de ne pas rompre excessivement l'exigence d'objectivité et de proportionnalité comparées du principe d'égalité ; pour être tout à fait exact, il faudrait donc préciser : « sans que cela soit considéré *in abstracto* ou *prima facie* comme un acte de discrimination ») ; *Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979 (article 4), Traité d'Amsterdam (article 141, ex-119), Islande (loi sur l'égalité de statut et de droits entre les femmes et les hommes), Suède (loi sur l'égalité des chances) ; **Conseil de l'Europe : Recommandation n° (85) 2 du Comité des Ministres. Communautés européennes : Recommandation du 13 décembre 1984 relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes (84/635/CEE). Pour une conclusion identique et antérieure : « L'examen [...] du cadre juridique des actions positives montre que dans aucun État membre du Conseil de l'Europe n'existe l'obligation impérative de prendre des mesures d'action positive », in *Les actions positives et les contraintes constitutionnelles et législatives qui pèsent sur leur mise en œuvre dans les États membres du Conseil de l'Europe*, EG (89) 1, p. 57. En ce sens aussi : C. Picheral, *L'ordre public européen – droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris, La documentation française, 2001, p. 346.

que les États européens auraient une obligation positive d'adopter une législation établissant des "discriminations positives"¹⁰⁹⁷.

Aussi, les quelques exemples d'actions positives menées par certains États européens qui peuvent être signalés ici, ne le seront qu'en tant qu'ils illustrent la marge de manœuvre dont dispose l'État pour satisfaire à des obligations internationales flexibles. Bien que peu répandues sur le vieux continent, des législations nationales introduisant des discriminations positives ont été adoptées par quelques États européens. Ainsi, en Autriche, la loi fédérale sur l'égalité de traitement de 1993 dispose, entre autres, que dans les secteurs où elles sont sous-représentées, les femmes doivent se voir accorder un traitement préférentiel en matière de recrutement et d'avancement, sous réserve qu'elles ne soient pas moins aptes que le candidat le plus qualifié¹⁰⁹⁸. En Allemagne, dans le champ de la fonction publique, la loi sur la promotion des femmes dans l'administration fédérale a été modifiée par une loi sur l'égalité des chances qui prévoit que les femmes bénéficieront d'une préférence dans plusieurs domaines et notamment en matière d'emploi et d'avancement, à mérite, qualifications et compétences professionnelles égales dans les secteurs où elles sont sous-représentées et pour autant qu'un candidat masculin ne fasse pas prévaloir des facteurs personnels qui emportent la décision en sa faveur (il faudra revenir sur cette législation dans le cadre d'une étude circonstanciée de la discrimination positive dans la jurisprudence communautaire)¹⁰⁹⁹. Enfin, il est intéressant de noter que la Cour suprême d'Islande a interprété une loi de 1991 sur l'égalité de statut et de droits entre les femmes et les hommes dans le même sens : lorsqu'un homme et une femme, candidats à un emploi, sont considérés comme pareillement qualifiés, l'employeur doit choisir la femme si le nombre des femmes employées au même niveau ou dans une catégorie d'emplois équivalente sur le lieu de travail est inférieur à celui des hommes¹¹⁰⁰.

Cette faculté nationale – qui n'est pas plus qu'une faculté – de recourir, par-delà les exigences internationales, à ce type de moyen pour parvenir à une égalité plus effective entre

¹⁰⁹⁷ Voilà notamment pourquoi, il nous semble qu'il n'est pas possible, au regard de l'état comparé du droit international, d'interpréter l'arrêt *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000 comme faisant peser sur l'État une obligation positive d'adopter une législation instaurant des discriminations positives, comme l'affirme une partie de la doctrine. Aux yeux de cette dernière, « une telle solution ferait désormais naître à la charge de l'État, au titre de l'article 14 de la Convention, une obligation positive d'adopter une législation établissant les discriminations positives nécessaires à la jouissance des droits consacrés par la Convention. Une telle interprétation devrait également jouer pour l'article 1^{er} du Protocole n° 12 » (F. Sudre, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », *op. cit.*, § 32, pp. 773-774 ; *idem*, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2001, 5^e éd., § 194, p. 335. Dans le même sens : J.-P. Marguénaud : chronique *RTD civ* 2000, p. 434 ; F. Tulkens, « Les droits sociaux dans la jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in C. Grewe et F. Benoît-Rohmer (dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2003, p. 140).

¹⁰⁹⁸ Document du Conseil de l'Europe : *Actions positives dans le domaine de l'égalité entre les femmes et les hommes*, ronéo, EG-S-PA (2000) 7, p. 48.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*, p. 50. Voir *infra* p. 435.

¹¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 51.

les hommes et les femmes, s'exprime à peu près de la même façon dans tous les textes rencontrés¹¹⁰¹. L'article 2 § 4 de la directive communautaire 76/207/CEE relative à « la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail » est topique à cet égard¹¹⁰² lorsqu'il énonce : « La présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article 1er § 1 ».

L'hypothèse d'un traitement préférentiel pour l'obtention d'un emploi reste cependant assez inhabituelle dans la pratique des États du Conseil de l'Europe. Bien plus nombreuses sont les actions qui portent sur des intérêts ou des "biens juridiques" moins rares, qui ont donc une importance moindre du point de vue de la liberté individuelle, à savoir la formation professionnelle, l'obtention de subsides ou de facilités matérielles.

B. Les mesures qui n'engagent pas frontalement une liberté économique : des mesures hétéroclites qui, en toute hypothèse, ne sont pas des discriminations positives

Les actions en faveur des femmes menées par les États européens en termes de formation professionnelle ou d'incitations financières sont extrêmement répandues. Cette

¹¹⁰¹ Article 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979 : « 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 [...] ces mesures doivent être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chances et de traitement ont été atteints ». Article 5 § 2 de la Convention de l'Organisation internationale du travail concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession n° 111 de 1958 : « Tout membre peut, après consultation, là où elles existent, des organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs, définir comme non discriminatoires toutes autres mesures spéciales destinées à tenir compte des besoins particuliers de personnes 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'article 1^{er} du Protocole additionnel de 1988, intégré dans la Charte sociale européenne révisée à son article 20, qui énonce le droit des hommes et des femmes à l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, prévoit que « le paragraphe 1 du présent article ne fait pas obstacle à l'adoption de mesures spécifiques visant à remédier à des inégalités de fait ». Article 141 (ex article 119) du traité d'Amsterdam entré en vigueur le 1^{er} mai 1999 : « Pour assurer complètement une pleine égalité entre les hommes et les femmes dans la vie professionnelle, le principe d'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 de la carrière professionnelle ».

¹¹⁰² Topique de ce que la reconnaissance des actions positives par les textes internationaux est des plus restreintes ; son effet est purement déclaratoire : elle est une simple faculté qui relève de la libre appréciation des États. Les instruments internationaux indiquent simplement que les "actions positives" doivent être considérées avec un *a priori* de bienveillance au regard du principe de non-discrimination (dans la mesure où les distinctions parfois problématiques qu'elles opèrent sont faites, et c'est bien là le paradoxe, au nom de l'égalité des hommes et des femmes en général).

relative banalisation s'explique par le fait que l'accès à une formation ou à une aide financière représente un "bien juridique" qui est moins rare que l'accès à un emploi. Aussi, l'imposition du critère du sexe – par exclusion, partielle ou totale, d'autres critères – pour fonder une différence de traitement est bien moins problématique lorsqu'elle porte sur l'accès à une aide financière ou à une formation, plutôt que, directement, sur l'accès à l'emploi. Prenons l'exemple des aides préférentielles en matière d'enseignement : le critère du sexe (féminin, plus particulièrement) est un critère de distinction entre les postulants à la formation professionnelle qui, en tant que tel, est moins pertinent, c'est-à-dire moins objectif, que le critère de la motivation personnelle, de l'expérience ou du parcours individuel d'un candidat. Cependant, cette absence de pertinence ne porte pas à conséquence, dans la mesure où le "bien juridique" auquel ce critère donne accès n'a qu'une valeur relative pour la liberté individuelle, et *a fortiori* pour la liberté économique. En d'autres termes, l'exclusion (partielle ou totale) de ces autres critères au profit de celui du sexe pose beaucoup moins de difficultés qu'auparavant pour la raison suivante : le fait de privilégier des objectifs de politique globale en matière de sexe, c'est-à-dire des buts d'ordre structurel ou holiste visant à l'amélioration de la place des femmes par rapport à d'autres critères qui auraient été plus en phase avec une vérité propre à la logique du secteur d'activité concerné, et au-delà encore avec une vérité singulière, pose moins de problèmes car il n'a pas pour effet de créer un écart de liberté disproportionné entre les personnes concernées (il crée, certes, un écart, mais pas un écart disproportionné).

Plus encore, si la différence de traitement concerne un intérêt juridique aussi ordinaire que l'octroi d'une subvention relevant d'une politique discrétionnaire, seul compte alors l'intérêt général ; le critère du sexe est un critère de différenciation comme un autre, par conséquent objectif au regard du but qui est à la fois immédiatement et médiatement poursuivi.

En tant qu'elles conditionnent l'accès à l'emploi, les aides en faveur des femmes en matière de formation jouent un rôle important pour l'établissement d'une égalité des chances dans des emplois qui sont porteurs ou qui sont traditionnellement occupés par des hommes. Ainsi, dans certains pays, des formations sont réservées exclusivement aux femmes, qu'il s'agisse de cours introductifs ou diplômants, de qualification ou de requalification, de cours au niveau universitaire ou infra-universitaire, pour des femmes ayant un emploi ou qui n'en ont pas, etc¹¹⁰³. Les exemples sont nombreux : aux Pays-bas, les collèges professionnels offrent aux jeunes femmes des cours pratiques liés à l'emploi qui ont, semble-t-il, des résultats probants¹¹⁰⁴. Au Portugal, l'article 5 § 4 de la loi sur l'égalité dans le travail et dans l'emploi de 1979 prévoit que « la réinsertion professionnelle des femmes ayant interrompu leur activité professionnelle sera l'objet de mesures adéquates, qu'il s'agisse d'orientation ou

¹¹⁰³ *Actions positives...*, *op. cit.*, p. 56.

¹¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 51.

de la mise sur pied de programmes spéciaux de recyclage et de perfectionnement »¹¹⁰⁵. De nombreux États réservent un accès prioritaire aux femmes à certaines formations¹¹⁰⁶. Ainsi, en Allemagne, la loi du Land de Hesse relative à l'égalité entre les hommes et les femmes et à l'élimination des discriminations à l'encontre des femmes dans la fonction publique fixe de façon contraignante un quota prédéterminé en faveur des femmes, qui se lit comme suit : « pour les professions qualifiées dans lesquelles les femmes sont sous-représentées, celles-ci doivent être prises en considération pour au moins la moitié des places, lors de l'attribution des places de formation dans lesquelles seul l'État assure la formation »¹¹⁰⁷. En Autriche, la loi fédérale sur l'égalité de traitement de 1993 prévoit qu'il sera accordé aux femmes « un traitement préférentiel en matière d'accès à une formation initiale et complémentaire les préparant à assumer des responsabilités supérieures sur leur lieu de travail »¹¹⁰⁸. Les modalités de cette préséance en faveur des femmes sont variables : elles peuvent être contraignantes ou incitatives, découler d'une disposition légale ou d'une convention collective, se concrétiser directement par l'octroi d'une place en formation ou indirectement par celui d'une subvention financière, versée personnellement à la bénéficiaire, à l'employeur ou au formateur.

Autre forme d'action en faveur des femmes, la plus habituelle et sous des formes les plus diverses également : l'aide financière. Celle-ci peut d'abord être accordée aux femmes elles-mêmes. Un certain nombre de pays accordent des prêts ou des subventions (ainsi que d'autres aides) aux entrepreneuses : soit pour créer, soit pour développer leur entreprise. La France a ainsi mis en place une aide financière individuelle de prise en charge des frais liés à la garde des enfants pour les femmes reprenant une activité¹¹⁰⁹. Des primes spéciales ou des incitations financières peuvent ensuite être attribuées aux entreprises impliquées dans une politique active d'égalité des sexes. En France, cette aide financière se fait sous la forme d'un contrat conclu entre l'État, l'employeur et l'intéressée. En Autriche, c'est l'adjudication des marchés publics qui peut être subordonnée à une condition de cette sorte¹¹¹⁰.

Enfin, la dernière forme d'aide ne consiste pas tant à octroyer aux femmes des avantages, mais à institutionnaliser pour ainsi dire la lutte contre les inégalités entre les hommes et les femmes en créant des organismes *ad hoc* ainsi que des procédures d'évaluation et des dispositifs d'action impliquant le plus souvent des objectifs chiffrés. Ces mécanismes, obligatoires ou facultatifs, sont fréquemment désignés sous le vocable "plans d'action". L'éventail des procédures mises en place est trop large pour être retracé. Il importe surtout de

¹¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 53.

¹¹⁰⁶ Voir à propos de l'Irlande, du Portugal, de l'Espagne et de la Suède : Comité européen des droits sociaux, Conclusions XIII-3, introduction générale, p. 36.

¹¹⁰⁷ *Actions positives...*, *op. cit.*, p. 44.

¹¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 58.

¹¹⁰⁹ Aide à la reprise d'activité des femmes, Circulaire DGEFP, n° 2000/06 du 8 février 2000.

¹¹¹⁰ Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ; décret n° 2001-1035 du 8 novembre 2001 instituant un contrat pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et modifiant le code du travail.

noter le caractère proprement politique de ces plans d'action. En d'autres termes, il s'agit de véritables politiques publiques dont la dernière version repose sur la notion d' "approche intégrée" (ou *mainstreaming*)¹¹¹¹. Le caractère politique imprègne l'ensemble de la question des mesures d'amélioration de l'égalité entre les hommes et les femmes ; mais il apparaît, à cette occasion, dans toute sa pureté. Au niveau interne, la plupart des États membres du Conseil de l'Europe ont mis en place des "plans d'action" pour la promotion de l'égalité des sexes¹¹¹², suite notamment à la Conférence mondiale sur les femmes tenue à Pékin en 1995. Au niveau international, l'Union européenne en est déjà à son cinquième « programme d'action communautaire concernant la stratégie communautaire en matière d'égalité entre les hommes et les femmes (2001-2005) » ; celui-ci vise à poursuivre et à consolider la politique d'égalité entre les sexes et touche aussi bien aux domaines de la vie économique, sociale, civile, politique ou culturelle¹¹¹³.

¹¹¹¹ À l'origine, le *gender mainstreaming* est apparu dans divers documents internationaux à la suite de la 3^e Conférence des Nations Unies sur les femmes, tenue en 1985 à Nairobi. Il est le fruit des discussions de la Commission des Nations Unies de la condition de la femme (CCF), concernant au départ le rôle des femmes dans les pays en développement. Sa promotion a connu un essor à partir de la 4^e Conférence de 1995 à Pékin. Selon la définition d'un groupe de spécialistes réunis sur cette question : « L'approche intégrée consiste en la (ré)organisation, l'amélioration, l'évolution et l'évaluation des processus de prise de décision, aux fins d'incorporer la perspective de l'égalité entre les femmes et les hommes dans tous les domaines et à tous les niveaux, par les acteurs généralement impliqués dans la mise en place des politiques », in *L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes – cadre conceptuel, méthodologie, et présentation des "bonnes pratiques"*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1998, p. 17 et p. 20.

¹¹¹² Pour un large aperçu pays par pays de ces plans, également appelés « plans d'égalité des chances » : voir *Actions positives...*, *op. cit.*, pp. 63-70.

¹¹¹³ Décision du Conseil du 20 décembre 2000. Les domaines d'intervention de ce programme d'action sont : « la vie économique » (accès des femmes au marché du travail), « l'égalité de la participation et de la représentation » (accès des femmes aux organes de décision de la société), « les droits sociaux » (et notamment les développements récents concernant l'articulation de la vie familiale et professionnelle), « la vie civile » (la lutte contre la violence à l'égard des femmes), « les rôles et les stéréotypes féminins et masculins » (modifier les comportements dans les domaines de l'éducation, de la culture, du sport et des médias).

Conclusion du titre 1. Conclusion sur le principe d'égalité et la notion d'obligation positive

Que l'on s'attache au libellé des textes de l'article 14 de la Convention et de l'article 1er du Protocole n° 12, ou à l'intention exprimée par leurs rédacteurs lors des travaux préparatoires, que l'on soit attentif au régime de l'obligation positive telle qu'elle résulte de la jurisprudence de la Cour européenne, ou que l'on s'attarde encore sur la nature du traité qu'est la Convention européenne des droits de l'homme par comparaison à celle des autres traités internationaux spécialement consacrés à la mise en place d'obligations positives en matière d'égalité, quelle que soit la méthode d'interprétation choisie, aucune d'elles n'est favorable à la reconnaissance d'obligations positives sur le fondement des clauses de non-discrimination que renferme la Convention. Une telle hypothèse entraînerait une extension du champ d'application de ces clauses ainsi qu'un changement de la nature de l'impératif juridique posé aussi radical qu'hasardeux, dans la mesure où l'article 14 de la Convention comme l'article 1er du Protocole n° 12 ne sont pas des instruments juridiques adaptés à la problématique très spécifique de l'amélioration de l'égalité, laquelle relève d'instruments *ad hoc*.

Le principe de non-discrimination garanti par la Convention européenne des droits de l'homme possède avant tout une fonction d'ordre défensif : il établit une obligation qui pèse sur les modalités de l'action publique, et non une obligation à l'action publique, laquelle relève d'une autre logique.

Titre 2. Le principe d'égalité et la notion de discrimination positive

Le problème se pose de savoir s'il existe une espèce particulière de différence de traitement, à mi-chemin entre une différence de traitement non-discriminatoire et une différence de traitement discriminatoire. Est-il imaginable d'entrouvrir une brèche entre, d'une part, une distinction classiquement justifiée (ou valide) et, de l'autre, une distinction classiquement injustifiée (ou invalide) ? Y a-t-il une place pour une différence de traitement hybride, qui présente à la fois la facette d'une distinction discriminatoire et celle d'une distinction non-discriminatoire ? Une distinction, qui serait "arbitraire" par certains aspects, "juste" par certains autres¹¹¹⁴ ? Inégalitaire d'un côté, égalitaire de l'autre ? En clair, peut-on parler de discrimination positive ? Il semble qu'il est possible de répondre par l'affirmative.

L'extrême ambivalence d'un tel phénomène a notamment pour conséquence d'être identifié par un lexique pour le moins disparate¹¹¹⁵. L'analyse qui sera faite des mesures étatiques rentrant dans un tel schéma révèle que l'oxymore, "discrimination positive", servant à désigner cette pratique, est relativement idoine. Nous n'excluons toutefois pas les locutions telles que "traitement préférentiel", ou bien "action positive", laquelle est assez répandue dans le contexte du droit international et est une traduction littérale de l'expression, née sur le continent américain, d'*affirmative action*.

Ainsi que cela a pu être exposé par Gwénaële Calvès¹¹¹⁶, notamment dans son ouvrage consacré à l'étude de *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis*, « la discrimination positive (*affirmative action*) désigne aux États-Unis un ensemble de dispositions mises en place à partir de la fin des années 1960 à l'initiative d'une fraction de l'appareil administratif fédéral, qui octroient un traitement préférentiel aux membres de certains groupes ayant fait l'objet dans le passé, à des degrés divers, de pratiques discriminatoires juridiquement sanctionnées : les Noirs, les femmes, les "Hispaniques", les

¹¹¹⁴ À ce sujet, voir : P. Van Parijs, « Quand les inégalités sont-elles justes ? », in *Conseil d'État – Rapport public 1996 : Le principe d'égalité*, Paris, La documentation française, pp. 465-474.

¹¹¹⁵ La littérature sur le sujet parle aussi bien d' "inégalités correctrices", d' "inégalités compensatoires ou compensatrices", d' "*affirmative action*", d' "objectifs programmés", d' "actions positives", de "traitement préférentiels", etc.

¹¹¹⁶ G. Calvès, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, le problème de la discrimination "positive"*, Paris, LGDJ, 1998.

descendants des populations autochtones (*Native American*) et, dans certains cas, les Asiatiques. Les mesures en question s'exercent dans trois domaines : l'emploi, l'admission dans les établissements d'enseignement supérieur et l'attribution de marchés publics. Elles ont pour but d'accroître la proportion que représentent les membres des groupes susmentionnés parmi les détenteurs de certains biens valorisés, et ce afin de remédier à leur marginalisation persistante au sein de la société »¹¹¹⁷.

Cette ébauche de la situation aux États-Unis laisse apparaître que la discrimination positive porte sur des objets bien précis et qu'elle est ainsi – comme le propose Olivier Jouanjan – « une règle de sélection entre candidats à l'obtention d'un bien ou d'une prestation reposant, au moins à titre subsidiaire, sur un critère d'appartenance des candidats à un groupe socialement défavorisé »¹¹¹⁸. Cette définition – relativement étroite, par comparaison à d'autres approches qui, en France notamment, sont sensiblement plus larges¹¹¹⁹ – constituera un point de départ adéquat pour entreprendre une analyse des pratiques législatives de certains pays européens¹¹²⁰.

¹¹¹⁷ G. Calvès (dir.), *Les politiques de discrimination positive*, Paris, La documentation française (coll. Problèmes politiques et sociaux, n° 823), 1999, p. 33 ; voir également, *idem*, « Pour une analyse (vraiment) critique de la discrimination positive », *Le débat* 2001 (nov.-déc.), n° 117, pp. 163-174 ; voir aussi M. Rosenfeld, « Les discriminations positives en droit constitutionnel américain », in *Mélanges Patrice Gélard – Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1999, pp. 459-466 ; O. Beaud, « L'affirmative action aux États-Unis : une discrimination à rebours ? », *Revue internationale de droit comparé* 1984, pp. 503-521 ; O. Schutter (de) : « Égalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux États-Unis », *RTDH* 1991, pp. 347-368 ; D. Sabbagh, « L'affirmative action : effets symboliques et stratégies de présentation », in G. Koubi et G.J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances – Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, pp. 157-172.

¹¹¹⁸ O. Jouanjan, article portant sur l'« égalité », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Le dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003 (pp. 585-589), p. 588.

¹¹¹⁹ Dans le rapport public qu'il a consacré au principe d'égalité, le Conseil d'État précise que « la discrimination positive est une catégorie particulière de discrimination justifiée, mise en œuvre par une politique volontariste et dont l'objectif est la réduction d'une inégalité » (*Rapport public du Conseil d'État de 1996 sur le principe d'égalité*, *op. cit.*, p. 87). Pour F. Mélin-Soucramanien, la discrimination positive est « une différenciation juridique de traitement, créée à titre temporaire, dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistante entre elles » (F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 207 ; *idem* F. Melin-Soucramanien, « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », *RFDA* 1997, pp. 906-925, définition p. 911). M. Maisonneuve, « Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française ? », *RFDA* 2002, pp. 561-572.

¹¹²⁰ Pour un aperçu de la question hors des frontières de l'Europe : J. Hucker, « Affirmative Action Canadian Style : Reflections on Canada's Employment Equity Law », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 265-277 ; D.W. Jackson, « Affirmative Action in Comparative Perspective : India and the United States », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 249-263 ; K. O'Regan, « Addressing the Legacy of the Past : Equality in the South African Constitution », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 14-23 ; B. Vizkelety, « Adverse Effect Discrimination in Canada : Crossing the Rubicon from Formal to Substantive Equality », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 223-236.

Le phénomène de la discrimination positive sera appréhendé à partir des deux angles d'attaque suivants. L'action positive sera d'abord décrite en tant que mesure orientée vers l'amélioration de l'égalité, en s'appuyant sur l'observation des pratiques législatives de certains États européens ; le regard pratique qui sera porté sur les mesures de ce genre empruntera la grille de lecture qui est celle du processus de concrétisation de la clause d'égalité (chapitre 1). La discrimination positive sera ensuite abordée en tant que mesure "détruisant" l'égalité¹¹²¹, de sorte qu'il sera primordial de s'essayer à identifier les limites qui doivent absolument être apportées aux mesures de ce type ; seule une compréhension théorique de l'égalité est en mesure de fournir des éléments de réponse à cet épineux problème (chapitre 2).

¹¹²¹ Pour une critique véhémente en droit français : A.-M. Le Pourhiet, « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *Le débat* 2001 (mars-avril), n° 114, pp. 166-177 ; *idem*, « Deux conceptions du droit », *Le débat* 2001 (mars-avril), n° 117, pp. 175-178.

Chapitre 1. La description du phénomène de la discrimination positive à partir d'une compréhension pratique de l'égalité

En l'absence de jurisprudence de la part de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière, il conviendra de s'appuyer sur les exemples significatifs que sont les discriminations positives sur lesquelles la Cour de justice des Communautés européennes a été amenée à statuer à partir du milieu des années 1990. La législation en cause dans les arrêts de principe rendus par le juge communautaire constituera le fil conducteur de notre démonstration. Celle-ci prendra donc appui sur des illustrations qui concerneront toutes le domaine de l'amélioration de l'égalité entre les hommes et les femmes, terrain de prédilection des discriminations positives sur le continent européen. Il n'en reste pas moins que les conclusions d'ordre général qui pourront en être tirées sont transposables à d'autres situations.

Les législations en cause dans les arrêts *Kalanke* et *Marschall* de la Cour de justice des Communautés européennes (§ 1) seront envisagées sous le prisme des exigences pratiques tirées du principe d'égalité, et au premier chef le réquisit d'objectivité du traitement. Bien que laconiques, les rares explications apportées par le juge communautaire lui-même dans ces deux affaires viendront, le cas échéant, appuyer notre analyse. Celle-ci fera apparaître que l'action positive poursuit une double finalité : un but principal qui est conjoncturel et un but secondaire qui est, quant à lui, structurel ; alors que le second est orienté vers l'instauration d'une plus grande égalité, le premier est tourné vers tout autre chose que l'égalité (§ 2). Comme on pourra aussi l'observer, le hiatus qui caractérise la discrimination positive vient de ce que – s'il est certes vrai qu'il n'est possible de comprendre l'action positive qu'en distinguant bien ces deux niveaux – celle-ci n'opère juridiquement qu'une seule distinction. Autrement dit, elle fait jouer à un niveau individuel des justifications qui ne sont valables qu'à un niveau collectif (§ 3).

Section 1. L'exemple des législations nationales en cause dans les arrêts *Kalanke* et *Marschall* de la Cour de justice des Communautés européennes

Avant d'en venir à un exposé des législations en cause dans les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes traitant de la discrimination positive (§ 2), il faut au

préalable effectuer un état des lieux du problème de la discrimination positive dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme (§ 1).

§ 1. L'attente d'un examen par la Cour européenne des droits de l'homme de pratiques législatives établissant des discriminations positives

En l'état actuel de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, aucune législation instaurant des discriminations positives au sens strict n'est encore remontée jusqu'à la haute juridiction strasbourgeoise, laquelle n'a donc pas encore eu l'occasion de prendre position sur le sujet. De ce fait, la problématique de la discrimination positive dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme est, à ce jour, une question largement en suspens.

Cette question n'a d'ailleurs fait l'objet que d'une seule étude circonstanciée, menée par Jean-François Flauss dans un article intitulé « Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme »¹¹²². Comme le remarque cet auteur, « la place tout à fait résiduelle qu'occupe pour l'heure le contentieux de la discrimination positive devant les instances de Strasbourg est explicable par la conjonction de deux considérations : la première touche au champ d'application matériel de la Convention européenne des droits de l'homme, la seconde tient aux solutions constitutionnelles nationales en matière de discrimination positive. Pour une très large part, le champ d'application de la Convention ne recoupe pas les domaines "sensibles", c'est-à-dire ceux dans lesquels les États adoptent habituellement les mesures d'action positive. Tel est encore largement le cas des droits dans le travail, même si la perméabilité croissante de la Convention aux droits sociaux est de nature à faire entrer dans la sphère de l'article 14 des litiges qui jusqu'alors y échappaient. Un constat comparable s'applique au régime de la fonction publique. Les mesures concernant le recrutement, la carrière et la cessation d'activité des agents n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention. Pour autant qu'elles ne revêtent pas un caractère disciplinaire, lesdites mesures restent également assez largement hors du champ de la Convention [...] Dans les domaines couverts par le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, les législations nationales sont loin d'avoir largement consacré des mesures d'action positive. De surcroît, les solutions des juridictions constitutionnelles dans les pays membres de la Convention sont plutôt orientées dans le sens d'un encadrement strict des discriminations positives, voire de leur prohibition. Sans doute ne conviendrait-il pas d'exagérer le caractère restrictif de cette jurisprudence : toujours est-il qu'elle joue le rôle d'un filtre d'autant plus efficace que les brevets de constitutionnalité accordés en matière de discrimination positive le

¹¹²² J.-F. Flauss, « Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme », in *Pouvoir et liberté – Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 415-437.

sont relativement à des droits pour lesquels les États disposent d'une large marge d'appréciation »¹¹²³. Cependant, ces « obstacles au développement d'un contentieux de la discrimination positive »¹¹²⁴ tomberont, pour une large part, une fois le Protocole n° 12 entré en vigueur.

En tout état de cause, si la Cour européenne des droits de l'homme devait un jour être amenée à connaître du problème de la discrimination positive, il est absolument évident que ce ne pourrait être que dans le cadre de la dimension défensive de l'article 14 de la Convention ou de l'article 1er de son Protocole n° 12, c'est-à-dire sous l'angle de la compatibilité de ces pratiques législatives avec le principe de non-discrimination que renferme le traité européen.

Comme cela a déjà pu être démontré, le droit à la non-discrimination garanti par la Convention européenne ne saurait, en aucun cas, être le vecteur de réglementations introduisant des discriminations positives : bien que de telles mesures participent sans doute à une "dimension positive" de l'égalité en ce sens qu'elles visent à réduire certaines inégalités de fait, elles ne sauraient être imposées de manière obligatoire au nom du principe de non-discrimination énoncé par la Convention. Nous avons consacré de longs développements à démontrer l'incapacité de l'article 14 de la Convention et de l'article 1er de son Protocole n° 12 à se laisser interpréter, dans le contexte actuel, comme créant une obligation positive à la charge de l'État d'adopter une législation instaurant des discriminations positives, pas même dans le domaine de la promotion de l'égalité des sexes. Soulignons, une nouvelle fois, que cette impossibilité résulte d'une interprétation de ces articles aussi bien grammaticale et génétique que téléologique et systématique. Réitérons également que même dans cette dernière perspective, celle d'une herméneutique systématique qui prendrait en compte les orientations prises par les instruments internationaux *ad hoc* en matière de promotion de l'égalité et de lutte contre la discrimination, sexuelle, raciale, ou autre, même cette exégèse-là échouerait à étayer une telle hypothèse. Rappelons en effet que toutes les études menées par les experts à ce sujet laissent clairement apparaître que les législations internes qui introduisent des discriminations positives vont au-delà du standard exigé, non seulement par les normes internationales pertinentes en droits de l'homme mais aussi par les normes nationales équivalentes. Dans ces conditions, le caractère facultatif de ces mesures semble bien correspondre à une *opinio juris* régionale européenne en ce sens.

En conséquence, dans le cadre du système de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme, la seule question pertinente est celle de la conformité, ou non, au regard du principe d'égalité garanti par le traité européen, des pratiques de discrimination positive. À cet égard, l'examen par la Cour de justice des Communautés européennes de législations nationales imposant des discriminations positives est riche d'enseignements.

¹¹²³ *Ibid.*, pp. 421-422.

¹¹²⁴ *Ibid.*, p. 421.

§ 2. Les enseignements de l'examen par la Cour de justice des communautés européennes de pratiques législatives établissant des discriminations positives

La question de la discrimination positive est, dans le champ du droit communautaire, abordée par deux arrêts de principe prononcés dans la deuxième moitié des années 1990 : les célèbres décisions, *Kalanke*, d'une part, et *Marschall*, de l'autre¹¹²⁵.

La législation en cause dans l'arrêt *Kalanke* du 17 octobre 1995¹¹²⁶ est une législation d'un État fédéré allemand, le *Land* de Brême, laquelle organisait la procédure de recrutement et d'avancement dans les services publics : celle-ci imposait d'accorder automatiquement la préférence aux candidats de sexe féminin, s'il était constaté que ces dernières possédaient la même qualification que leurs concurrents de sexe masculin et que, dans les effectifs du secteur du poste à pourvoir, les femmes étaient moins nombreuses que les hommes.

En l'espèce, en 1990, la ville de Brême avait publié un avis de vacance pour un poste de chef de département au sein du service des espaces verts. Parmi les candidatures retenues figuraient notamment celle d'un homme, M. Kalanke, et celle d'une femme, Mme Glissmann, disposant l'un et l'autre d'une qualification et d'une expérience en tant que paysagiste. Mais alors que la direction du service des espaces verts avait proposé la nomination de M. Kalanke, le comité du personnel s'était opposé à cette désignation. Par la suite, une commission de conciliation, amenée à statuer de façon décisive sur le sujet, s'est prononcée dans le sens suivant : « les deux candidats sont aptes à accéder au poste vacant et la priorité doit donc être donnée – notamment sur la base de la loi du *Land* relative à l'égalité – à la candidature féminine ». C'est ainsi que, dans le cadre de la procédure contentieuse qui a suivi, la Cour de justice des Communautés européennes a, sur renvoi préjudiciel de la Cour fédérale allemande du travail, directement pu se prononcer sur le problème de la discrimination positive. Comme on le sait, la Cour de justice a jugé ladite réglementation contraire au droit communautaire ;

¹¹²⁵ Ces deux arrêts, ci-après étudiés, ont, depuis, été confirmés : voir donc aussi CJCE *Georg Badeck e.a. c. Hessische Ministerpräsident et Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, 28 mars 2000, Affaire C-158 ; CJCE *Katarina Abrahamsson, Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist*, 6 juillet 2000, Affaire C-407/98.

¹¹²⁶ CJCE, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, 17 octobre 1995, affaire C-450/93 ; voir §§ 15-24, notamment §§ 22-24 ; voir également les conclusions de l'avocat général M. Giuseppe Tesauro présentées le 6 avril 1995. Pour un commentaire critique de cette décision : L. Charpentier, « L'arrêt *Kalanke*, expression du discours dualiste de l'égalité », *RTDE* 1996, pp. 281-303 (notamment pour le constat d'embrouillamini auquel mène la distinction entre égalité formelle et égalité matérielle) ; pour un aperçu succinct : J.-G. Huglo, « Les discriminations indirectes et les discriminations positives », in G. Vonfelt (dir.), *L'égalité de traitement entre hommes et femmes*, Maastricht, publication de l'Institut européen d'administration publique, 2000, pp. 51-55. Pour une approche plus large : K. Wentholt, « Formal and Substantive Equal Treatment : the Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 53-64. L. Mulder, « How Positive Can Equality Measures Be ? », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 65-75.

mais, pour l'instant, il importe avant tout d'observer la particularité du mécanisme de sélection des candidats qu'organise la loi du *Land* de Brême.

La réglementation en cause dans l'arrêt *Marschall* du 11 novembre 1997¹¹²⁷ est, ici aussi, une législation allemande, mais il s'agit cette fois d'une loi du *Land* de Rhénanie du Nord-Westphalie. À la différence de la procédure du *Land* de Brême octroyant une « priorité absolue et inconditionnelle aux femmes »¹¹²⁸, cette législation-ci comporte une disposition qualifiée de “clause d'ouverture”, laquelle relativise la préférence accordée aux femmes. La loi dont il s'agit est ainsi rédigée : « si, dans le secteur de l'autorité compétente pour la promotion, les femmes sont en nombre inférieur aux hommes au niveau de poste concerné de la carrière, les femmes sont à promouvoir par priorité, à égalité d'aptitude, de compétence et de prestations professionnelles, à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat ne fassent pencher la balance en sa faveur »¹¹²⁹.

De fait, en 1994, M. *Marschall*, un enseignant titulaire dans le service du *Land* a présenté sa candidature à une promotion pour un poste de grade supérieur au centre scolaire de Schwerte. Les services compétents de la circonscription administrative d'Arnsberg l'ont toutefois informé qu'ils envisageaient de nommer une concurrente à ce poste et ont rejeté sa réclamation au motif que la concurrente sélectionnée devait obligatoirement être promue en application de la disposition précitée. À nouveau saisi par les autorités juridictionnelles allemandes, le juge communautaire a, dans cette hypothèse-ci, considéré que la réglementation qui lui était soumise dans la présente affaire était conforme au droit communautaire, en raison de la présence de la “clause d'ouverture” ; il conviendra de revenir sur ce point. Il faut se contenter, à ce stade, d'enregistrer la spécificité de la procédure ici mise en place.

Section 2. Une législation qui poursuit une finalité duale

Il nous semble que, pour être satisfaisante, une définition proprement juridique de la discrimination positive doit mettre au jour l'amalgame qu'opère l'action positive et donc éviter de le reproduire dans sa manière d'en rendre compte. À nos yeux, l'analyse du phénomène de la discrimination positive se doit de distinguer très clairement deux niveaux

¹¹²⁷ CJCE *Marschall c. Land Nordrhein-Westphalen*, 11 novembre 1997, affaire C-409/95.

¹¹²⁸ CJCE, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, précit., § 22.

¹¹²⁹ CJCE *Marschall c. Land Nordrhein-Westphalen*, § 3.

bien distincts d'intentionnalité. L'action positive est, en effet, animée des deux intentions¹¹³⁰ suivantes. D'une part, une intention première ou principale : cette finalité est, pour ainsi dire, une finalité courte ou proche ; il faut encore préciser que ce dessein immédiat n'a pas de lien particulier avec l'idée d'égalité (§ 2). De l'autre, une intention auxiliaire ou additionnelle : cette dernière est une finalité longue ou lointaine ; ajoutons que cet objectif médiat est, quant à lui, en lien avec l'idée d'égalité, ce qui explique pour partie la nature particulière de ce type de traitement (§ 1).

§ 1. Une finalité poursuivie de manière médiate

Comme tout acte législatif, les procédures de discrimination positive sont orientées vers une fin. Le fait est connu, les actions positives sont présentées comme des mesures qui sont tournées vers l'égalité. Mais énoncé de la sorte, cette caractérisation reste beaucoup trop vague si l'on veut saisir la spécificité de ce type de législation.

Il convient de relever, dans un premier mouvement, que les mesures instaurant des discriminations positives se présentent comme une espèce originale d'un genre plus large, celui des mesures qui visent à promouvoir une égalité plus effective ou une plus grande égalité en fait ; comprendre une égalité plus effective que celle qui est issue du respect des traditionnelles clauses défensives de non-discrimination, telles l'article 14 de la Convention ou l'article 1er du Protocole n° 12¹¹³¹. Tout comme ces deux clauses, les dispositions établissant des discriminations positives sont, l'une comme l'autre, au service de l'égalité, mais d'une façon totalement différente, de sorte que le rapprochement s'arrête là.

Il faut, dans un deuxième mouvement, développer rapidement l'idée que l'égalité qui est ici visée est une égalité pensée dans les termes globaux d'agrégats statistiques. L'objectif égalitaire poursuivi est un objectif économique à long terme. Les "actions positives" ont, en effet, pour objet de réduire des inégalités de fait entre certains groupes sociaux. « Cela signifie que la situation discriminatoire vécue par la plupart des membres du groupe n'est pas attribuable à un ou plusieurs responsables identifiables »¹¹³². Autrement dit, le mode d'apparition et de perpétuation de ces inégalités de fait, c'est-à-dire le fait générateur de ces inégalités, n'est en rien comparable à celui des inégalités en droit. À la différence de

¹¹³⁰ Pour une analyse de la structure logique de l'action intentionnelle par Elizabeth Anscombe, figure de proue de la philosophie de l'action au XXe siècle : G.E.M. Anscombe, *L'intention*, Paris, Gallimard, 2002 (voir également la préface de V. Descombe, pp. 7-20).

¹¹³¹ En clair, les intérêts sur lesquels porte l'égalité sont des "intérêts", ou si l'on préfère des "biens sociaux", qui ne sont pas ceux qui tombent dans le champ d'application des traditionnelles clauses de non-discrimination. Voir *supra* p. 387.

¹¹³² B. Renauld, « Les discriminations positives – plus ou moins d'égalité ? », *RTDH* 1997, p. 430.

l'inégalité juridique, l'inégalité de fait ne naît pas d'un acte formel, lequel se laisse clairement isoler et identifier, à l'instar d'un acte juridique écrit. Les plans instaurant des discriminations positives en faveur des femmes visent ainsi à compenser un phénomène structurel. Ils se proposent de remédier à des situations et des agissements qui sont souvent d'ordre culturel et qui, bien que généralisés, restent plus difficilement perceptibles, car profondément ancrés dans les *habitus*¹¹³³ multiséculaires d'une société androcentrique¹¹³⁴. Or, corriger un tel phénomène – aussi ancien et aussi profondément inscrit dans les mentalités – qui valorise différemment l'appartenance à l'un ou l'autre sexe, pose de nombreux problèmes. Il est notamment difficile à appréhender puisque ses causes profondes sont structurelles¹¹³⁵.

Voilà pourquoi les statistiques jouent en la matière un rôle particulier¹¹³⁶. Elles sont le révélateur d'un mode de distribution de certains "biens sociaux" qui, tel qu'il est opéré par le libre jeu des forces sociales, est structurellement inégalitaire. Le constat ne peut être qu'un constat d'ensemble. Autrement dit, les statistiques laissent deviner que la répartition des biens sociaux examinés s'est faite – mais d'une manière qui ne peut être constatée selon les formes du droit¹¹³⁷ – à partir de distinctions qui n'ont pas toujours eu un fondement objectif. Ainsi, dans le domaine de l'égalité entre les hommes et les femmes, les statistiques laissent deviner que le critère du sexe a joué un rôle dans des occasions où il aurait dû être ignoré par les acteurs sociaux, en tant qu'il n'y était alors pas pertinent. Les plans établissant des discriminations positives en faveur des femmes se fondent ainsi sur le présupposé suivant : dans un mode de répartition idéal, dans une cité qui n'est pas perturbée par un inconscient collectif sexiste, autrement dit dans une société où le critère du sexe n'est un critère de distinction que dans les rares occasions où il constitue un critère objectif, dans une telle hypothèse, les hommes et les femmes ont statistiquement la même probabilité de chances d'accéder à des positions sociales valorisées. La situation de parité dans les postes valorisés est la situation statistique à laquelle aboutirait un fonctionnement à la fois libre et égalitaire de la société civile. Or, les études statistiques des pays occidentaux font apparaître que le nombre d'hommes occupant des postes à responsabilités, pour le dire rapidement, est plus grand que celui des femmes ; ce qui laisse présager un mode de répartition structurellement

¹¹³³ Nous employons ici un vocable proprement bourdieusien. L'*habitus* peut se définir comme suit : « Ensemble des dispositions inculquées, intériorisées par les individus et telles qu'ils tendent à les reproduire en les adaptant aux conditions dans lesquelles ils sont engagés » ; A. Akoun et P. Ansant (dir.) *Dictionnaire de sociologie*, Le Robert, Paris, Seuil, 1999, p. 251.

¹¹³⁴ Voir P. Bourdieu, *La domination masculine*, Paris, Seuil, 1998.

¹¹³⁵ Elles reposent sur des préjugés inconscients qui sont parfois intégrés par les personnes qui en sont les victimes, lesquelles contribuent à leur reproduction : « les dominés appliquent des catégories construites du point de vue des dominants aux relations de domination, les faisant ainsi apparaître comme naturelles. Ce qui peut conduire à une sorte d'auto-dépréciation, voire d'auto-dénigrement systématiques... » ; P. Bourdieu, *La domination masculine*, *op. cit.*, p. 41.

¹¹³⁶ D'une manière générale à ce sujet, voir : K.R. Browne, « The Use and Abuse of Statistical Evidence in Discrimination Cases », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 411-423.

¹¹³⁷ Comprendre selon ce mode d'appréhension juridique précis qui est celui qui se manifeste lors de l'application ou de la concrétisation du droit à la non-discrimination.

discriminatoire en défaveur des femmes. Cependant, il est important de garder à l'esprit qu'il s'agit là d'une vérité statistique, laquelle raisonne en termes de moyennes. Les statistiques dénotent une tendance qui peut être démentie ici ou là.

La problématique de la suppression des inégalités juridiques par les clauses d'égalité juridique et celle de la réduction des inégalités de fait par les actions positives sont donc d'une nature complètement différente. Alors que les clauses de non-discrimination – si elles sont respectées – réalisent instantanément l'égalité, les mesures instaurant des discriminations positives ne réalisent pas l'égalité dans l'instant. L'égalité qu'elles poursuivent est un objectif à long terme, dont la réalisation n'est pas immédiate. Réduire les inégalités factuelles dont sont victimes certaines catégories sociales est inévitablement un objectif qui se situe à un niveau global ou macro-économique. Il s'agit là d'une "finalité longue", d'un objectif politique global, qui procède d'un constat au niveau collectif, d'une observation à une échelle structurelle.

Or, il est important de relever qu'au regard de la structure de l'opération de concrétisation de la clause de non-discrimination – tel l'article 14 de la Convention ou l'article 1er de son Protocole n° 12 – il ne s'agit pas, à proprement parler, de la finalité principalement ou immédiatement poursuivie par une procédure instaurant une discrimination positive. Pour le comprendre, il suffit de prendre l'exemple fourni par l'arrêt *Kalanke*. Lorsqu'en application de la législation en cause dans cette affaire, le service des espaces verts de la ville de Brême a fait le choix de Mme Glissmann en raison de son sexe, une telle action ne réalise l'objectif global d'une plus grande égalité entre les hommes et les femmes dans le domaine de l'emploi que d'une manière extrêmement parcellaire, puisqu'il s'agit là d'un objectif à long terme qui se situe à un niveau macro-économique. L'embauche d'une personne de sexe féminin ne suffit pas, à elle seule, à compenser instantanément la dissymétrie structurelle entre le groupe des hommes et le groupe des femmes dans les emplois à responsabilités, puisqu'il s'agit d'un déséquilibre global, à l'échelle de la société dans son ensemble ou, tout du moins, dans le secteur d'activité concerné dans son ensemble. Le recrutement d'une femme par le biais de la discrimination positive concourt à rétablir l'équilibre statistique entre les hommes et les femmes, mais réitérons qu'elle ne le réalise pas entièrement, à elle seule. La première caractéristique de la discrimination positive, c'est donc d'être une mesure qui, à chaque fois qu'elle est exercée, contribue de manière fragmentaire ou médiante à la réalisation d'un objectif d'égalité à un niveau macro-économique.

§ 2. Une finalité poursuivie de manière immédiate

Cette règle de préférence que constitue la discrimination positive est toujours inscrite dans une procédure particulière, elle est toujours située dans un domaine d'activité précis. Les lois allemandes en cause dans les affaires *Kalanke* et *Marschall* régentaient une procédure d'embauche et d'avancement. Aux États-Unis, comme cela a déjà pu être relevé, le traitement préférentiel ne s'exerce pas seulement dans le domaine de l'emploi, mais aussi dans celui de l'admission dans les établissements d'enseignement supérieur et celui de l'attribution de marchés publics. La distinction qui est opérée à chacune de ces occasions n'est donc pas uniquement au service de la "finalité longue", évoquée précédemment ; elle est aussi au service d'une "finalité courte", en ce sens qu'elle répond à une nécessité propre au domaine d'activité dans lequel elle s'inscrit, comme occuper un emploi dans la fonction publique, disposer d'une place dans un établissement d'enseignement supérieur, répondre à une commande publique. Or, chacun de ces domaines possède une logique propre. Pour prendre un exemple caricatural, mais qui traduit un axe de vérité difficile à ébranler, quel que puisse être par ailleurs le débat animant la philosophie politique sur la notion de "mérite"¹¹³⁸ : dans une procédure de passation d'un marché public pour la construction d'un stade de football, le maître d'ouvrage est à la recherche d'un entrepreneur en bâtiment, et non d'un boulanger pâtissier, lequel possède sans doute des qualités, mais pas celles qui lui permettraient de bâtir un tel édifice. L'idée que cet exemple entend faire passer est que la pertinence du choix qui est fait (soit le boulanger pâtissier, soit l'entrepreneur en bâtiment), de la distinction qui est opérée, s'apprécie, en premier lieu, au regard de l'objectif immédiatement visé. En résumé, la différence de traitement qu'établit la discrimination positive doit, d'abord et avant tout, se comprendre à la lumière de la finalité immédiatement poursuivie.

Pour en revenir à l'exemple de l'arrêt *Kalanke*, le but immédiatement poursuivi par la procédure d'embauche initiée par le service des espaces verts de la ville de Brême, sa "finalité courte" pour ainsi dire, c'est de trouver une personne en mesure d'effectuer les tâches qui seront celles du poste à pourvoir, c'est-à-dire chef de département dans le service des espaces verts. C'est là son objectif principal. Il convient de noter qu'une fois la personne choisie, le mécanisme de sélection des candidats a rempli la fonction première qui était la sienne. Cette "finalité proche", ou si l'on préfère la "visée micro-économique", est ici entièrement satisfaite. La "visée macro-économique", plus lointaine, ne l'est, quant à elle, que partiellement, comme cela a déjà pu être souligné précédemment.

¹¹³⁸ Voir notamment M. Walzer, *Sphères de justice...*, *op. cit.*, pp. 49-52 (pour M. Walzer le mérite n'est un critère de distribution équitable que dans certains emplois, comme dans les sphères centralisées professionnelles et bureaucratiques) ; J. Rawls, *Théorie de la justice*, C. Audard (trad.), Paris, Seuil, 1987, notamment p. 41 et pp. 134-137 et 348-353 ; M. Sandel, *Le libéralisme et les limites de la justice*, Paris, Seuil, 1999, particulièrement pp. 110-114 et 131-133. Voir aussi : G.J. Guglielmi, « "Mérites, vertus et talents" : quelques constantes argumentatives au fondement du droit », in G. Koubi et G.J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances – Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La découverte, 2000, pp. 37-49.

Section 3. Une législation qui opère une distinction efficiente unique

La discrimination positive s'analyse comme une différence de traitement, c'est d'ailleurs quasiment le seul point d'accord des discours qui sont tenus sur la question de la discrimination positive¹¹³⁹. Mais avant d'en venir à l'étude de cette distinction, il faut en finir avec une idée assez répandue, et même, au-delà, avec deux idées communes. La première est l'idée selon laquelle la différence de traitement mise en place par l'action positive est une discrimination, une distinction irrecevable, car elle reposerait sur un critère normalement prohibé. La seconde est, tout simplement, l'idée suivant laquelle il existerait des critères de distinction prohibés. Nous l'affirmons avec vigueur : il n'existe pas, il ne peut exister, en application du principe d'égalité lui-même¹¹⁴⁰, de critères de catégorisation qui soient interdits (même dans les pays fonctionnant sur un telle croyance¹¹⁴¹). Qu'il s'agisse de la langue, de la religion, de l'origine nationale, des opinions politiques, du sexe, ou qu'il s'agisse même de la race ou de la couleur, aucun de ces critères n'est jamais prohibé en lui-même. Qu'ils soient des critères qui doivent être regardés de manière critique – suspecte, dirait-on sur le continent américain – parce qu'ils ont été, de manière historiquement éprouvée, des critères permettant la domination d'une catégorie du corps social sur une autre est un point non contestable ; pour autant cela ne signifie pas qu'ils ne pourraient, dans certains domaines et dans certaines circonstances, être des critères de catégorisation qui fondent des distinctions objectives. Il en est de même pour les discriminations positives, et en l'occurrence des discriminations positives en faveur des femmes : ce n'est pas parce que le critère du sexe serait un critère prohibé que la discrimination positive pose problème, mais c'est parce qu'il n'est pas un critère pertinent au regard du contexte immédiat dans lequel sont plongés les individus concernés par la distinction. C'est la confrontation d'un traitement et d'une réalité, et c'est cette confrontation seule qui permet de dire si un critère est, ou non, objectif. Il n'y a pas de

¹¹³⁹ Le compte rendu des discussions et débats d'une table ronde internationale sur le sujet des discriminations positives est à cet égard assez éloquent : voir *AJIC* 1997 (XIII), pp. 248-308. Se reporter également aux rapports nationaux de A. Pizzorouso et E. Rossi pour l'Italie (pp 186-195), de F. Delpérée, A. Rasson-Rolland et M. Verdussen pour la Belgique (pp. 76-97), de F. Rubbio Llorente pour l'Espagne (pp. 120-129), de F. Mélin-Soucramanien pour la France (pp. 140-168), de E. Spiliotopoulos pour la Grèce (pp. 173-183), de E. Smith pour la Norvège (pp. 208-213), de L. Garlicki pour la Pologne (pp. 216-221), de L. Nunes de Almeida et A. Ribeiro Mendes pour le Portugal (pp. 224-238) et B. Knapp pour la Suisse (pp. 239-248).

¹¹⁴⁰ En d'autres termes, l'affirmation que nous avançons s'appuie sur les fondements premiers du concept d'égalité, et plus exactement sur son idéal régulateur second.

¹¹⁴¹ La France fait partie de ceux-là (voir F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997, p. 141). Or l'idée selon laquelle il existerait des distinctions expressément interdites ne nous semble pas tenable. Un seul exemple : un théâtre national qui décide de recruter un comédien de couleur pour incarner le rôle d'Othello, héros de la pièce éponyme de Shakespeare, ne viole évidemment aucune clause de non-discrimination – pas plus en France que dans un autre pays. La différenciation opérée dans cette hypothèse repose sur un fondement objectif au regard du but légitime poursuivi. Ceci n'empêche bien sûr pas que dans d'autres contextes, le critère de la race s'analysera, tout aussi incontestablement, comme un critère discriminatoire.

critères prohibés, il n'y a que des critères inobjectifs (au regard du but légitime poursuivi). Il n'existe aucune distinction proscrite, il n'existe que des distinctions n'ayant pas de fondement objectif (à l'aune du but légitime poursuivi).

Or, comme on pourra le constater, l'action positive impose à l'administration d'opérer une distinction qui possède, certes, un fondement objectif au regard de la finalité égalitaire poursuivie de manière médiate (§ 1), mais n'en possède pas au regard de la finalité poursuivie de façon immédiate (§ 2).

§ 1. Une distinction qui possède un fondement objectif au regard de la finalité médiatement poursuivie

À l'aune de leur finalité longue, précédemment mentionnée, les distinctions opérées par les actions positives sont des distinctions objectives. Dans une telle perspective, elles n'ont rien d'arbitraire puisqu'elles compensent une inégalité de fait préexistante. En matière d'égalité des sexes, les politiques d'*affirmative action* visent à instaurer une égalité plus effective entre les hommes et les femmes. Elles ont plus exactement pour objet d'accroître la proportion des femmes dans des lieux où elles sont sous-représentées. En clair, sous cet angle de vue, global, répétons-le, la différence de traitement fondée sur le sexe correspond bien à une dissemblance de situation. La différence de traitement dont il s'agit possède, à n'en pas douter, un fondement objectif.

Une rapide parenthèse pour dire que cette différence de traitement possède un caractère objectif tant qu'il existe et subsiste une dissymétrie structurelle entre les groupes des hommes et des femmes quant à l'occupation de positions sociales valorisées à l'échelle globale où elle a été constatée. Si tel n'est plus le cas, le traitement n'est plus en adéquation avec aucune réalité, pas même avec une réalité macro-économique ; n'ayant plus de justification aucune, il est inégalitaire de bout en bout. Or, dès lors que les programmes de discrimination positive ont pour dessein avoué de résorber cette asymétrie, la durée limitée de leur validité est inscrite au sein même du principe qui les meut. Les discriminations positives sont donc intrinsèquement temporaires¹¹⁴² ; c'est là une conséquence tirée de l'exigence d'objectivité découlant du principe d'égalité.

¹¹⁴² Mais comme l'est, finalement, la validité de tout traitement au regard de l'impératif d'objectivité tiré du principe d'égalité. Un traitement est objectif aussi longtemps qu'il est en concordance avec la réalité à laquelle il s'applique. À cette différence près néanmoins, qu'en matière de traitements ordinaires, l'éventuelle inadéquation dudit traitement à la réalité provient d'un changement de circonstances qui est dû à des causes extérieures ; car en matière d'action positive, celle-ci a pour objet de faire disparaître la différence de situation entre hommes et femmes ; elle a pour objet de devenir un jour caduque.

Pour reprendre le fil de notre démonstration, il faut s'appuyer, à nouveau, sur l'exemple de l'affaire *Kalanke*. La Cour de justice des Communautés européennes a pris soin de souligner que la législation qui lui était déférée fait partie des « mesures qui [...] visent effectivement à éliminer ou à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale »¹¹⁴³. Au regard de la visée globale à long terme du rétablissement d'un équilibre statistique entre les hommes et les femmes dans le domaine des emplois valorisés et, en l'occurrence, de la fonction publique, le critère du sexe est un critère pertinent. Au regard d'une finalité macro-économique de ce type, la sélection des candidats à raison du sexe possède un caractère objectif.

Cependant, il ne s'agit là que d'un dessein secondaire, d'une finalité poursuivie de manière médiate. La distinction est objective, certes, mais au regard d'un but qui est autre que le but prioritairement visé, au regard d'une finalité qui est autre que celle qui doit normalement jouer en application de la clause de non-discrimination. Cette finalité n'est, en effet, pas celle qui doit ordinairement être prise en considération pour juger du caractère discriminatoire ou non d'un traitement.

§ 2. Une distinction qui manque de fondement objectif au regard de la finalité immédiatement poursuivie

Le caractère objectif d'une distinction se mesure, en effet, à l'aune du but immédiatement poursuivi. Pour le dire concrètement et pour prolonger l'exemple de l'affaire *Kalanke* : au regard du but directement visé par la procédure d'embauche ouverte par le département des ressources humaines de la ville de Brême, consistant à trouver une personne apte à effectuer les tâches qui seront celles d'un chef de département dans le service des espaces verts de la commune, le critère du sexe n'est pas un critère objectif. Du point de vue de ce but précis et circonstancié, la distinction opérée entre les candidats à l'embauche, selon qu'ils sont de sexe masculin ou féminin, n'est pas compréhensible. Le traitement n'est pas en correspondance avec la réalité des situations individuelles de chacun (comprendre la réalité pertinente à la lumière du but prioritairement ou immédiatement poursuivi en l'espèce). En effet, une formation, une motivation, une expérience ou un parcours traduisant des capacités ou des talents en rapport avec la fonction envisagée sont, quant à eux, les critères objectifs permettant d'opérer des différences entre les candidats au poste en question¹¹⁴⁴. Le fait d'être une femme ou un homme est sans influence aucune sur l'aptitude à accomplir les missions

¹¹⁴³ CJCE, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, précit., § 18.

¹¹⁴⁴ À cet égard, l'article 1 § 2 de la Convention de l'OIT n° 111, concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, juge utile de préciser que « les distinctions, exclusions ou préférences fondées sur les qualifications exigées pour un emploi déterminé ne sont pas considérées comme des discriminations ».

attachées au poste de chef de département d'un service des espaces verts. Une telle aptitude constitue l'intention première de la procédure de recrutement en question. Elle forme l'étalon principal de l'appréciation du caractère objectif et non-disproportionné de la distinction soumise aux exigences du principe d'égalité¹¹⁴⁵. Il faut donc le répéter une dernière fois, au regard du but immédiatement et prioritairement poursuivi dans cette affaire, la distinction opérée manque de fondement objectif. En un mot, elle est une discrimination au sens juridique de ce terme.

La Cour de justice des Communautés européennes considère d'ailleurs bel et bien qu'il s'agit d'une véritable discrimination puisqu'elle estime qu'« une règle nationale qui prévoit que, lors d'une promotion, les femmes ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins bénéficient automatiquement de la priorité dans les secteurs dans lesquels elles sont sous-représentées, entraîne une discrimination fondée sur le sexe »¹¹⁴⁶. Ce n'est que dans un second temps que la Cour va examiner si cette infraction au principe d'égalité est, ou non, couverte par la dérogation prévue par la directive 76/207/CEE relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes. Celle-ci prévoit, en effet, qu'elle « ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes »¹¹⁴⁷. Le juge communautaire ajoute qu'« il convient d'observer que cette disposition a pour but précis et limité d'autoriser des mesures qui, tout en étant discriminatoires selon leurs apparences, visent effectivement à éliminer ou à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale »¹¹⁴⁸. Affirmer que les actions positives sont « discriminatoires selon leurs apparences » est un euphémisme qui permet de laisser entendre qu'elles peuvent éventuellement, de manière dérogatoire, être acceptées. Il ne fait néanmoins pas de doute qu'il s'agit d'une discrimination.

Bien qu'elle se présente comme une discrimination, la législation du *Land* de Brême impose de prendre en compte l'appartenance à la catégorie sociale défavorisée comme critère de sélection. Elle impose aux autorités compétentes de fonder la distinction qu'elles effectueront sur un critère qui n'est pas objectif au regard du but immédiatement et prioritairement poursuivi. En imposant que le critère du sexe comme critère déterminant dans le choix d'un candidat, la loi du *Land* de Brême évince, jusqu'à un certain point tout du moins, les autres critères, et notamment ceux qui auraient été pertinents ou objectifs au regard du but prioritairement poursuivi. En imposant le critère du sexe, elle impose de regarder les individus qui présentent leur candidature, non à partir du point de vue normalement exigé et adéquat, c'est-à-dire le but immédiatement et prioritairement poursuivi (trouver une personne

¹¹⁴⁵ Elle concourt à l'évaluation de l'adéquation de la distinction de traitement à la réalité des situations individuelles des uns et des autres ainsi qu'à l'évaluation du caractère non excessif de l'écart entre les positions juridiques de ceux-ci et ceux-là ; voir *supra* p. 316.

¹¹⁴⁶ CJCE, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, précit., § 16.

¹¹⁴⁷ Article 2 § 4 de la directive 76/207/CEE relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes.

¹¹⁴⁸ CJCE, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, précit., § 18.

apte à accomplir les missions du poste à pourvoir), mais à partir d'un autre point de vue, à savoir le but poursuivi de manière médiate et subsidiaire (atteindre un équilibre statistique entre les hommes et les femmes dans les postes à responsabilités). Il en résulte qu'au moment du choix, l'individu est regardé à partir d'une qualité autre que celle qui devrait normalement être prise en compte. Il est appréhendé comme un élément d'un ensemble dont on connaît les caractéristiques statistiques. La loi du *Land* de Brême regarde l'individu à partir d'une qualité statistique, une qualité qui caractérise un ensemble, un ensemble qui est un ensemble statistique. Si la distinction de la loi allemande se comprend et possède une justification au regard d'une visée macro-économique, à l'échelle de la société, elle n'a pas de sens au regard de la visée micro-économique qui est celle du cas d'espèce.

L'*affirmative action* procède délibérément à une confusion des registres. Elle amalgame volontairement le macro-économique et le micro-économique, la logique structurelle et la logique conjoncturelle, le fait collectif et le fait individuel. Elle mélange la question de la conformité au principe de non-discrimination pensée en termes de vérité abstraite ou statistique (au regard de la volonté de rétablir une proportion équilibrée de chaque sexe dans les postes à responsabilités, la différence de traitement entre hommes et femmes en matière d'embauche correspond statistiquement à une dissemblance de situations entre le sexe masculin et le sexe féminin) et la question de la compatibilité au principe de non-discrimination pensée en termes de vérité pratique ou située (au regard de la volonté d'embaucher une personne ayant des qualités en relation avec la fonction à occuper, la différence de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi n'est pas en adéquation avec une dissemblance de situations entre le sexe masculin et le sexe féminin). L'*affirmative action* impose, en effet, une représentation statistique du réel à l'endroit où, en principe, ne devrait jouer qu'une vision circonstanciée de la réalité¹¹⁴⁹. Pour le dire de façon schématique, les mesures instaurant des discriminations positives sont des mesures qui "forcent la réalité" ; elles sont des mesures de promotion forcée de l'égalité des sexes.

À la différence d'une distinction opérée dans le cadre d'une législation ordinaire, la distinction opérée dans le cadre d'une action positive reste irrémédiablement inintelligible au regard du but *immédiatement* poursuivi. À titre illustratif, la constatation du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, *Marie-Hélène Gillot et autres c. France*¹¹⁵⁰ – portant sur la réglementation électorale française relative à la définition du corps électoral pour les diverses consultations s'inscrivant dans le cadre du processus d'autodétermination des populations de Nouvelle-Calédonie – est caractéristique des interrogations suscitées en la matière : les restrictions au droit électoral opérées par la législation française s'apparentent-elles à des

¹¹⁴⁹ Cette dernière inadéquation à la réalité, à l'aune d'une "finalité circonstanciée", doit néanmoins être considérée comme une dérogation qui – jusqu'à un certain point tout du moins – peut dans certaines hypothèses et dans certaines limites être compatible avec le principe d'égalité, car elle sert une "finalité longue", au regard de laquelle l'adéquation au réel se vérifie conformément à ce qu'exige le principe d'égalité.

¹¹⁵⁰ CDHNU, *Gillot et autres c. France*, 15 juillet 2002, n° 932/2000.

discriminations positives¹¹⁵¹ ? À nos yeux, la loi en cause dans cette affaire ne s'analyse nullement comme une action positive. Tout d'abord, il ne s'agit aucunement d'une loi s'inscrivant dans une politique de réduction des inégalités de fait en faveur d'une catégorie sociale défavorisée ; elle n'a pas pour finalité de promouvoir une égalité plus effective. Ensuite, les distinctions opérées par la loi française sont clairement compréhensibles au regard du but immédiatement poursuivi, celui de l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie. S'il est évidemment primordial que ces distinctions soient fondées sur des « motifs de différenciation objectifs, raisonnables et compatibles avec les dispositions du Pacte »¹¹⁵², celles-ci ne s'analysent nullement comme une discrimination positive. De fait, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies ne mentionne cette hypothèse à aucun moment et considère d'ailleurs que les critères de distinction établis par la loi française, qui « prennent en compte les particularismes attestant l'intensité des liens au territoire »¹¹⁵³, « reposent sur des éléments *objectifs* de différenciation entre résidents dans leur relation à la Nouvelle-Calédonie », eu égard « *au but et à la nature de chaque scrutin* »¹¹⁵⁴. En l'occurrence, les distinctions opérées ne sont pas incompréhensibles au regard du seul et unique but poursuivi par la législation en cause.

En définitive, plusieurs enseignements peuvent être ici retenus. Premièrement, les procédures de discrimination positive sont des procédures s'inscrivant dans une politique qui a une visée macro-économique de réduction des inégalités de fait dont souffrent certaines catégories sociales structurellement défavorisées. Deuxièmement, ces procédures imposent d'opérer une distinction fondée sur l'appartenance, ou non, à la catégorie sociale défavorisée en question, à l'exclusion – partielle ou totale – d'autres critères. Troisièmement, cette distinction est une discrimination car la distinction fondée sur l'appartenance à la catégorie sociale défavorisée n'a pas de fondement objectif au regard du but prioritairement ou immédiatement poursuivi. Quatrièmement, cette distinction fondée sur l'appartenance catégorielle ne repose sur une base objective que, de façon médiate ou subsidiaire, pour servir un dessein macro-économique de recherche d'une plus grande égalité factuelle entre les groupes sociaux concernés. Cinquièmement, l'amplitude de la distinction en question est,

¹¹⁵¹ Cette question mérite d'être posée, car la Cour européenne des droits de l'homme a été saisie, en 2001, d'une requête portant sur cette même législation : req. n° 66289 *Py c. France* (dispositions invoquées : article 14 et article 3 du Protocole n° 1).

¹¹⁵² *Ibid.*, § 13.8.

¹¹⁵³ *Ibid.*, § 13.7. Outre la simple condition de résidence, s'ajoutent « la prise en compte de conditions supplémentaires relatives à la détention du statut civil coutumier, la présence sur le territoire des intérêts matériels et moraux, combinée à la naissance de l'intéressé ou de ses parents sur le territoire » (*ibid.*)

¹¹⁵⁴ *Ibid.*, § 13.8 (l'italique est de notre fait). Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si l'organe de contrôle des Nations Unies débute son raisonnement en précisant que « dans le cas d'espèce, le Comité a pris note du fait que les scrutins locaux s'inscrivaient dans le cadre d'un processus d'autodétermination des populations de Nouvelle-Calédonie » et que « ces consultations politiques [...] *de par leur objet* devaient permettre de recueillir l'avis, non de l'ensemble de la population nationale, mais des personnes "intéressées" à l'avenir de la Nouvelle-Calédonie » (*Ibid.*, § 13.3 ; l'italique est de notre fait). En d'autres termes, « les critères de définition des corps électoraux restreints permettent de traiter différemment des personnes se trouvant dans les situations objectivement différentes au regard de leurs attaches à la Nouvelle-Calédonie » (*Ibid.*, § 13.13).

inévitablement (du fait de son inadéquation au regard du but immédiatement poursuivi), disproportionnée. Elle est bel et bien une discrimination.

Il est donc possible de définir la discrimination positive de la façon suivante : la discrimination positive est une règle qui impose d'opérer une distinction à raison d'un critère d'appartenance à un groupe socialement défavorisé, critère qui – bien qu'ayant un fondement objectif à l'aune d'une finalité macro-économique égalitaire poursuivie de manière auxiliaire ou médiate – n'est pas objective au regard du but micro-économique visé de manière prioritaire ou immédiate, créant ainsi entre les personnes concernées un écart de liberté disproportionné.

Chapitre 2. La circonscription du phénomène de la discrimination positive à partir d'une compréhension théorique de l'égalité

Les programmes de discrimination positive éprouvent les limites de l'action de la puissance publique dans un État de droit libéral¹¹⁵⁵. Ainsi, dans le domaine de la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes, la gageure de l'intervention étatique se présente comme suit : infléchir, avec des moyens qui respectent les valeurs de la modernité libérale, une réalité dont la logique factuelle sexiste est en contradiction avec les valeurs modernes. Un premier problème vient du fait que le système de schèmes engendrant la domination masculine s'inscrit au plus profond des consciences et joue, de ce fait, à la frontière de la sphère publique et de la sphère privée ; l'enjeu est donc de trouver des solutions qui restent en deçà de la ligne rouge de l'espace de liberté strictement privé laissé à l'autodétermination des individus et dans lequel aucun but d'intérêt public n'est susceptible de justifier une intrusion de l'État. Un second problème vient de ce que le schéma de pensée sur lequel repose cette réalité est pré-moderne¹¹⁵⁶ puisqu'il fait de l'appartenance à l'une ou l'autre catégorie sexuelle un *a priori* holiste qui, quel que soit le domaine, hiérarchise le masculin et le féminin, et prime la valeur individuelle de chacun. Le défi que les normes internationales de promotion de l'égalité des sexes doivent relever consiste alors à établir, dans certains secteurs,

¹¹⁵⁵ En introduction à un ouvrage consacré à un état des lieux sur les politiques de discrimination positive, G. Calvès résume clairement les deux principales questions que soulève ce type d'action. « La première question posée est celle de l'efficacité des différences de traitement instituées par les politiques de discrimination positive [...] Les préférences accordées aux femmes et aux victimes de discriminations racistes sont-elles la solution, brutale mais radicale, qui mettra fin à une situation inacceptable à tous égards, ou vont-elles, du fait de leur homologation formelle avec les "préférences" qu'elles récusent, en légitimer, par contrecoup, le fondement même : la catégorisation sexuelle et raciale des individus ? Le jugement porté sur la discrimination positive relève ici du bilan coûts/avantages. C'est l'évaluation empirique des réalités sociales et politiques qui conduit à voir en elle un grand remède appelé par de grands maux, ou à redouter que le remède, *in fine*, s'avère pire que le mal [...] En parallèle à ce premier débat, la plupart des observateurs s'interrogent sur la compatibilité entre les politiques de discrimination positive et les principes républicains [...] Ceci étant admis, trois thèses s'affrontent. La première consiste à poser qu'on ne transige pas avec des principes fondateurs, qu'ils doivent primer sur toute considération de fait. Aucune fin ne justifie des moyens qui la contredisent : on ne restaure pas la solidarité en instituant un État-providence à plusieurs vitesses ; on ne combat pas le racisme et le sexisme en inversant "positivement" leur logique intrinsèque. Les mêmes principes républicains, selon une deuxième thèse, peuvent et même doivent être suspendus lorsque la situation l'exige : la discrimination positive est ici pensée sur le mode de la dérogation, ou de la parenthèse. Mal nécessaire ou remède pire que le mal ? Le débat rejoint alors la discussion précédente sur l'opportunité et les effets possibles de ce dispositif d'exception. Moins répandue mais plus radicale, une troisième thèse prône le dépassement du modèle républicain français. La discrimination positive ne doit s'analyser ni comme une trahison, ni comme une exception, mais comme un changement de paradigme : elle ouvre la voie à une renégociation du pacte social sous les auspices d'un nouveau principe : le principe d'équité ; elle est la première étape d'un chemin qui mène à la reconnaissance d'une société multiculturelle » ; in G. Calvès (dir.), *Les politiques de discrimination positive*, op. cit., p. 4.

¹¹⁵⁶ En ce sens également, G. Calvès : « l'*affirmative action* n'a rien à voir avec la modernité. Elle est le remède triste et brutal qui doit solder l'héritage d'un système résolument *pré-moderne* » (op. cit., p. 338).

un équilibre entre le nombre d'hommes et le nombre de femmes (or, cette finalité est en elle-même holiste), tout en ne s'éloignant pas (ou pas trop, tout du moins) de la tradition moderne et de son principe d'égalité individuelle dans la manière d'opérer cette correction. Le problème qui est ici posé est donc celui de la compatibilité de la discrimination positive avec les clauses de non-discrimination que sont l'article 14 de la Convention et l'article 1er du Protocole n° 12. Ces développements se proposeront d'ébaucher des critères d'évaluation de la compatibilité, ou non, des législations instaurant des discriminations positives avec le principe d'égalité en s'appuyant sur une compréhension théorique de l'égalité telle qu'elle a été développée dans le cadre de ce travail.

Tenter de dégager des critères d'évaluation de la compatibilité de la discrimination positive avec le principe d'égalité est une tâche absolument redoutable. Pour en prendre l'exacte mesure, il est peut-être utile de rapporter ici la teneur de la conclusion générale du remarquable ouvrage de Gwénaële Calvès consacré à l'étude de L'affirmative action *dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis* : « parvenus au terme de la recherche, – dit-elle – nous devons admettre que notre problème initial demeure sans solution. Nous n'avons pas dégagé, de l'analyse des décisions rendues par la Cour Suprême en matière d'*affirmative action*, un principe qui permette de *fonder* la distinction entre discriminations raciales “bienveillantes” et discriminations raciales “odieuses”. L'homologie qui a constitué le point de départ de notre réflexion n'a pas été surmontée ; nous ne pouvons pas rendre raison de l'ambivalence fondamentale du principe de non-discrimination, en tant que, d'un côté, il pose la prohibition radicale des inégalités de traitement à raison de la race et que, de l'autre, il autorise un traitement plus favorable des “minorités raciales”. La principale leçon à tirer de cet échec, selon nous, est que le problème de la discrimination raciale positive n'est pas un problème juridique : il n'est pas susceptible d'être tranché *ès* qualités ; il ne recouvre pas un “conflit de droits” »¹¹⁵⁷.

S'il est certes vrai que la discussion portant sur le problème de la discrimination positive relève au premier chef du débat politique et d'une décision émanant des organes élus de l'État ; s'il est vrai, également, que le contentieux de la discrimination, et plus encore celui de la discrimination positive, recule les limites de l'autonomie du raisonnement juridique à l'extrême de ce qu'il est possible d'imaginer ; s'il est vrai, encore, que ce contentieux fait une part extraordinairement large – peut-être même la plus large qui puisse exister – à la subjectivité du jugement, à la volonté créatrice, à la décision politique ; toutes choses remarquablement démontrées par Gwénaële Calvès ; pour autant, il nous semble que cela ne signifie pas qu'il faille abdiquer toute prétention à fonder rationnellement les limites au-delà desquelles un traitement différent devient un traitement discriminatoire. Il serait même dangereux d'abandonner entièrement la question au politique, ou bien de s'en remettre à « une intuition pure »¹¹⁵⁸, « au sens commun ou au for intérieur »¹¹⁵⁹ ou bien de croire, à propos du

¹¹⁵⁷ G. Calvès, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis...*, *op. cit.*, p. 335.

¹¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 336.

« principe de la prohibition des discriminations racistes », qu' « il n'y a rien à justifier »¹¹⁶⁰ comme l'affirme cet auteur. Au contraire, il y a tout à justifier, et ce, d'abord à un niveau théorique.

Si le discours juridique actuel échoue, nous semble-t-il, à rendre compte de manière cohérente des limites que pose le principe d'égalité, c'est parce qu'il souffre cruellement de l'absence d'une véritable théorie de l'égalité, et plus encore d'une théorie où le paradoxe égalitaire, et notamment le statut de la différence à l'égard du principe d'égalité, sont rigoureusement maîtrisés. Sans un tel adossement conceptuel, il devient évident que la discussion que les praticiens du droit, et notamment les juges, peuvent être amenés à engager sur la question de l'*affirmative action* est inévitablement vouée à s'enfermer dans d'indépassables contradictions, de pures apories, qui ont parfaitement été mise au jour par Gwénaële Calves concernant la jurisprudence de la Cour suprême des États-unis. Aussi, nous voudrions ébaucher des propositions à l'endroit où elles manquent le plus, c'est-à-dire à un niveau théorique. Il nous semble en effet que la théorie générale qui est présentée dans notre travail est en mesure de fournir des pistes très sérieuses pour fonder rationnellement, par référence au principe d'égalité lui-même, la distinction entre une discrimination positive qui pourrait ne pas être complètement incompatible avec le principe d'égalité et une discrimination positive qui serait, quant à elle, rigoureusement incompatible avec ledit principe. Sans doute les propositions théoriques qui seront développées ici ne sont-elles que des esquisses dans la mesure où elles prennent pour seule illustration les arrêts *Kalanke* et *Marcshall*. Nous espérons néanmoins que leur ancrage est suffisamment profond pour engager une réflexion en la matière.

Cela a été souligné, les mesures d'*affirmative action* préconisent de prendre en compte le critère du sexe dans des domaines où, en principe, ce critère de catégorisation des individus n'est pas en lui-même directement pertinent au regard des buts poursuivis dans la sphère d'activité en questions, de sorte que la discrimination positive – là où elle est pratiquée – ne peut être regardée autrement que comme une suspension des traditionnelles clauses de non-discrimination ou, si l'on préfère, comme une dérogation à de telles clauses.

¹¹⁵⁹ Selon G. Calves « le juge s'est trouvé contraint, pour pointer la différence entre discriminations raciales bienveillantes et discriminations raciales odieuses, de *changer de plan* : la pierre de touche qu'il recherche est extérieure à la sphère du droit. Les derniers partisans, à la Cour, de l'*affirmative action*, l'ont eux-mêmes reconnu, en renvoyant, l'un au sens commun ou au fort intérieur, l'autre à une *décision* engageant la responsabilité d'organes élus » (*ibid.*).

¹¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 337. G. Calves poursuit ainsi : « *De principiis non disputandum est* : l'adage scolastique ne contrarie nullement les postulats de la démocratie délibérative, dont le juge constitutionnel est un acteur légitime et éminent, mais formule, au contraire, sa condition de possibilité et d'intelligibilité. Il est insensé, même immoral, d'engager un "débat" avec celui qui croit en l'inégalité des races. Il se place, de lui-même, en dehors de la Cité » (*ibid.*). Pour ce qui nous concerne, nous pensons qu'il est bien évidemment (et qu'il doit bien évidemment être) possible pour le juge de mener une démonstration qui mette en lumière, à partir d'arguments fondés en dernière analyse sur le système juridique lui-même, l'incompatibilité, avec le principe d'égalité, des distinctions qui sont celles de celui qui croit en l'inégalité des races. Nous croyons que la théorie que nous présentons fournit les ressources nécessaires à une telle argumentation.

Les questions posées par la discrimination positive sont alors les suivantes. Peut-on accepter de suspendre l'égalité ? Autrement dit, au nom de quoi pourrait-il être acceptable de suspendre l'égalité (§ 1) ? Si une suspension de l'égalité devait être recevable, le serait-elle dans tous les domaines (§ 2) ? Et si une suspension de l'égalité devait éventuellement être praticable dans certains domaines, jusqu'où pourrait aller cette suspension du principe de non-discrimination (§ 3) ? Il convient de rappeler que les propositions que nous voudrions formuler se placent toutes, non pas sur le plan, utilitariste, de l'efficacité pratique des mesures étudiées¹¹⁶¹, mais sur le plan, principiel, de leur fondement rationnel.

Section 1. L'intangibilité de l'égalité en question : le principe d'égalité peut-il accepter d'être suspendu au nom d'une égalité plus effective ?

Comme cela a été démontré précédemment, l'analyse des actions positives à partir de la grille de lecture des exigences qui découlent du principe d'égalité fait apparaître que la discrimination positive est clairement une discrimination. Elle est une rupture du principe d'égalité, certes une rupture d'un genre particulier, mais une rupture tout de même. Ceci étant acquis, deux questions se posent, toutes les deux en lien avec le caractère précisément atypique de ce type de discrimination.

La première interrogation est externe au principe de non-discrimination : elle a trait, pour le dire de manière schématique, à la problématique de la séparation des pouvoirs entre un organe juridictionnel international et des États démocratiques souverains. Concrètement, la question est celle-ci : dès lors que l'action positive se présente, pour une certaine part, comme une rupture d'égalité, il semble logique de subordonner la validité d'une telle pratique à l'existence d'une disposition spéciale autorisant expressément la suspension de l'égalité¹¹⁶². De la même manière que dans le domaine des libertés, les restrictions susceptibles d'affecter ces dernières ne sont consenties que dans les cas précisément énumérés par la Convention européenne des droits de l'homme, il semble cohérent que dans le domaine de l'égalité, une dérogation à celle-ci ne puisse être envisageable que dans la mesure où les textes juridiques pertinents en la matière l'y autorisent.

¹¹⁶¹ Pour une analyse centrée sur la question de l'efficacité des politiques d'égalité des chances : Y. Poirmeur, « Le double jeu de la notion d'égalité des chances », in G. Koubi et G. J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances – Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La découverte, 2000, pp. 91-114.

¹¹⁶² Pour une réflexion sur l'idée de dérogation : Ch. Leben, « Impératif juridique, dérogation et dispense – Quelques observations », *Droits* 1997, n° 27, pp. 33-45. Comme le fait remarquer Ch. Leben, « par le mécanisme de l'exception, l'auteur de la règle prévoit à l'avance qu'elle ne s'appliquera pas, ou pas de la même façon, dans telle catégorie de cas prévue à l'avance. L'exception a le même caractère de généralité que la règle dont elle limite le champ d'application » (p. 38).

Tel semble être le cas du système de garantie de la Convention européenne des droits de l'homme, puisque le principe d'égalité qu'il renferme s'interprète très certainement à la lumière du préambule du Protocole n° 12, lequel précise que les États membres du Conseil de l'Europe « réaffirm[ent] que le principe de non-discrimination n'empêche pas les États parties de prendre des mesures afin de promouvoir une égalité pleine et effective, à la condition qu'elles répondent à une justification objective et raisonnable ». Cette précision n'est, en effet, que la réitération de dispositions comprises dans une série de textes internationaux adoptés dans le cadre tant de l'Union européenne¹¹⁶³ que du Conseil de l'Europe¹¹⁶⁴ ; textes qui tendent à spécifier que les mesures destinées à promouvoir une égalité plus effective ne doivent pas être regardées avec la même rigueur que des mesures poursuivant un autre but. Tel est le cas de la Charte sociale européenne¹¹⁶⁵, de la Convention cadre pour la protection des minorités nationales¹¹⁶⁶ et de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires¹¹⁶⁷. Comme le fait observer Jean-François Flauss, « les normes de *soft-law* favorables au développement de mesures d'action positive, et au premier chef dans le domaine de l'égalité des sexes, constituent autant d'indices révélateurs d'une *opinio juris* européenne, susceptible d'influer sur l'interprétation à retenir, dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, du principe de non-discrimination »¹¹⁶⁸.

Il est intéressant de constater que l'article 2 § 4 de la directive 76/207/CEE du Conseil des Communautés européennes du 9 février 1976, applicable dans l'arrêt *Kalanke*, en est l'une des premières expressions. En l'espèce, le juge communautaire a effectivement considéré la législation qui lui était déférée comme une discrimination, laquelle dérogeait à

¹¹⁶³ Dans le cadre de l'Union européenne : outre l'article 2 § 4 de la directive 76/207/CEE, il faut encore citer l'article 141 § 4 du Traité d'Amsterdam : « Pour assurer une pleine égalité entre les hommes et les 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 prévenir ou à compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ».

¹¹⁶⁴ Outre les textes cités ci-après, il faut mentionner la Recommandation n° (85) 2 du Comité des ministres aux États membres relative à la protection juridique contre la discrimination sexuelle, selon laquelle « les actions positives risquent, dans certains États et dans certains cas, d'être considérées comme inconstitutionnelles parce qu'elles pourraient instaurer une discrimination au détriment de l'autre sexe ; la seule action qu'il est recommandé aux États de prendre, principe III [traitant des actions positives], est d'envisager l'adoption de mesures spéciales temporaires dans les secteurs où les inégalités existent » (point 79).

¹¹⁶⁵ Article 1 § 3 du Protocole additionnel de 1988 : « Le paragraphe 1 du présent article [comprendre les mesures prises en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession qu'énonce le paragraphe 1] ne fait pas obstacle à l'adoption de mesures spécifiques visant à remédier à des inégalités de fait ».

¹¹⁶⁶ Article 4 § 3 : « Les mesures adoptées conformément au paragraphe 2 [celles destinées à promouvoir dans tous les domaines de la vie économique, sociale, politique et culturelle une égalité pleine et effective entre les personnes appartenant à une minorité nationale et celles appartenant à la majorité] ne sont pas considérées comme un acte de discrimination ».

¹¹⁶⁷ Article 7 § 2 : « L'adoption de mesures spéciales en faveur des langues régionales ou minoritaires, destinées à promouvoir une égalité entre les locuteurs de ces langues et le reste de la population ou visant à tenir compte de leurs situations particulières, n'est pas considérée comme un acte de discrimination envers les locuteurs des langues plus répandues ».

¹¹⁶⁸ J.-F. Flauss, « Discrimination positive... », *op. cit.*, pp. 433-434 ; sur ce point : voir pp. 426-434.

l'égalité ; en conséquence, pour qu'une telle dérogation puisse être admissible, la juridiction communautaire a exigé qu'elle soit expressément autorisée par les textes communautaires (et qu'elle reste dans les limites prévues de la dérogation). De fait, après avoir constaté que la loi du *Land* de Brême « entraîne une discrimination fondée sur le sexe », le juge communautaire a ajouté immédiatement : « toutefois, il y a lieu d'examiner si une telle règle nationale est permise par l'article 2 paragraphe 4 [de la directive 76/207/CEE], aux termes duquel la directive "ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes" »¹¹⁶⁹. En résumé, la loi du *Land* de Brême déroge à l'obligation de respecter l'égalité, mais une telle possibilité d'enfreindre l'impératif d'égalité était prévue par le droit communautaire.

La seconde interrogation est interne au principe d'égalité : il s'agit de savoir ce qui pourrait éventuellement justifier, dans son principe, que l'égalité soit ainsi suspendue, ou si l'on préfère, ce qui peut justifier qu'il puisse y être dérogé. Il nous semble que la seule réponse possible, du point de vue d'un fondement rationnel, c'est précisément que cette suspension ou cette dérogation est faite au nom de l'égalité elle-même. Seule l'égalité permet de suspendre l'égalité (ou de déroger à l'égalité). Seule la recherche d'une plus grande égalité, d'une égalité plus effective, est en mesure de justifier une dérogation à la clause d'égalité. Seule la promotion de l'égalité des chances entre hommes et femmes permet de justifier des discriminations positives en faveur des femmes¹¹⁷⁰. Le préambule du Protocole n° 12 n'exprime pas autre chose lorsqu'il vise les « mesures [prises] afin de promouvoir une égalité pleine et effective ». Pour autant, la discrimination positive peut-elle être menée dans n'importe quel domaine ?

¹¹⁶⁹ CJCE, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, précit., §§ 16-17.

¹¹⁷⁰ Comme le fait observer Ch. Leben, « plus généralement, le droit étant tout entier une technique d'organisation sociale dont la fin est la coexistence pacifique des membres de la société, une norme juridique n'est jamais bonne absolument et en elle-même, mais uniquement dans la mesure où elle est susceptible de jouer un rôle positif dans l'organisation sociale. On comprend dès lors, si l'on revient à la question des dérogations, que le droit pourra prévoir autant d'exceptions à la règle qu'il existera de situations qui doivent être traitées de façons différentes pour le maintien de la paix sociale et la défense de l'ordre politique, économique ou moral » (Ch. Leben, « Impératif juridique, dérogation et dispense – Quelques observations », *op. cit.*, pp. 39-40).

Section 2. L'intangibilité, au sein de l'égalité, de la priorité axiologique de l'identité sur la différence : l'impossibilité de suspendre l'égalité dans le domaine des libertés fondamentales

C'est ici qu'une compréhension du principe d'égalité par référence à un cadre théorique est incontournable. Nous avons cherché à le montrer, le principe d'égalité se présente comme un système, un système unitaire : les exigences qu'il pose sont invariablement les mêmes (exigences d'objectivité et de non-disproportion), quel que soit son champ d'application matériel ; ce n'est que la rigueur desdites exigences qui change, et cela en fonction du domaine d'application (étroitesse plus ou moins marquée des rapports que sont le rapport d'objectivité des traitements à la réalité et le rapport de non-disproportion entre les diverses positions juridiques). Rappelons-le : plus un traitement engage la Liberté humaine, plus on se rapproche du modèle fondateur de l'égalité, celui du "traitement universellement identique", et moins l'égalité admet les traitements distinctifs¹¹⁷¹. Or, dans le domaine des libertés les plus fondamentales, dans le domaine des « libertés de base » pour le dire à la manière de John Rawls¹¹⁷², la discrimination positive est absolument proscrite¹¹⁷³. Si différencier de manière non-discriminatoire, dans le domaine des libertés fondamentales, correspond par définition à un cas de figure extrêmement restreint, il devient évident que différencier de manière discriminatoire dans un tel "sanctuaire" est donc, *a fortiori*, absolument exclu : l'impératif de non-discrimination ne saurait être suspendu dans le domaine des libertés les plus fondamentales, quand bien même cette inégalité juridique servirait une plus grande égalité de fait. En cette matière, une partie des sujets de droit ne saurait être privée de façon discriminatoire de l'exercice des libertés fondamentales, par comparaison à une autre partie des sujets de droit qui pourrait continuer d'en jouir. Pour prendre un exemple fictif concernant la liberté d'expression et plus exactement la parution des articles de presse dans les journaux d'information générale : on ne saurait instaurer de traitement préférentiel pour la publication des écrits signés par des femmes sous prétexte que lesdits quotidiens sont majoritairement dirigés et rédigés par des journalistes de sexe masculin.

En bref, plus un traitement engage la Liberté humaine, plus l'égalité se rapproche de son idéal régulateur premier, celui du traitement identique de tous, moins elle accepte des traitements distincts, de sorte que des traitements distincts discriminatoires sont *a fortiori*

¹¹⁷¹ À ce sujet, voir *supra* p. 168.

¹¹⁷² « Parmi elles, les plus importantes sont les libertés politiques (droit de vote et d'occuper un poste public), la liberté d'expression, de réunion, la liberté de pensée et de conscience ; la liberté de la personne qui comporte la protection à l'égard de l'oppression psychologique et de l'agression physique (intégrité de la personne) ; le droit de propriété personnelle et la protection à l'égard de l'arrestation et de l'emprisonnement arbitraires, tels qu'ils sont définis par le concept de l'autorité de la loi » ; J. Rawls, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, p. 92.

¹¹⁷³ Pour une analyse en ce sens dans la théorie rawlsienne : D. Sabbagh, « Les politiques de discrimination positive et la théorie de la justice de John Rawls », *Droits* 1999, n° 29 (pp. 177-194), p 190.

inimaginables ; c'est là la conséquence de la priorité axiologique, au sein de l'égalité, de l'identique sur le différent ; priorité qui devient d'autant plus forte que l'intérêt en cause engage une Liberté ou la Dignité humaine. Accepter des différences discriminatoires (quand bien même seraient-elles positives) dans les domaines liés à l'instant fondateur de l'égalité, celui qui refuse la possibilité de toute différenciation, c'est renverser cette priorité dans un domaine où la priorité de l'identique sur le différent tend à être absolue. Pour le dire de manière imagée, plus on s'approche de la Liberté ou de la Dignité humaine, plus la proportion dévolue à l'idée d'identité est proche de 100%, et plus corrélativement celle réservée à l'idée de différence est proche de 0% ; autrement dit plus l'identique prime de manière totale et absolue la différence. Revenir sur cette priorité à cet endroit-ci de l'égalité, comme pourrait le faire la discrimination positive, ce serait attenter à l'essence même de l'égalité, dans la mesure où la discrimination positive, toute positive qu'elle puisse être, reste une discrimination, c'est-à-dire un écart disproportionné de liberté ; or, dire qu'une distinction est disproportionnée, implique nécessairement de reconnaître que la part de différence a pris le pas sur celle d'identité. Voilà pourquoi, même au service d'une plus grande égalité, la discrimination positive n'est pas admissible dans un domaine qui engage frontalement la Liberté humaine. Voilà pourquoi, il est éventuellement possible de l'envisager dans un domaine qui n'engage pas frontalement la Liberté humaine, à l'instar des libertés économiques.

Section 3. L'intangibilité, au sein de l'égalité, de la priorité axiologique de la différence singulière sur la différence groupale : l'impossibilité de suspendre excessivement l'égalité, même dans le domaine des libertés économiques

L'argumentation qui vient d'être développée vaut par référence au moment idéal premier de l'égalité ; il convient de compléter cette manière de voir par un autre argument, qui vient à titre subsidiaire et qui vaut cette fois par référence au moment idéal second : celui de la différence, de la différence singulière plus exactement. En effet, plus un traitement engage la Liberté humaine, plus l'égalité se rapproche aussi de son idéal régulateur second, celui des "traitements singularisés pour chaque individu". En d'autres termes, plus un traitement engage la Liberté humaine, et plus l'égalité exige – si des distinctions ont lieu – que ces éventuelles différences de traitement coïncident avec des situations singulières¹¹⁷⁴. Le terme "singulier" doit être pris dans le sens d'une différence marquée, il doit aussi et surtout être pris dans le sens d'une différence monadique. Autrement dit, plus la liberté fondamentale de la personne est en jeu, moins l'égalité admet – si des distinctions sont faites – que ces

¹¹⁷⁴ À ce sujet, voir *supra* p. 168.

différenciations puissent se faire sur la base d'une appartenance groupale ; et plus l'égalité requiert – si des distinctions groupales sont faites – que ces différenciations, d'une part, répondent à des différences de situation particulièrement marquées et, d'autre part, correspondent à des différences de situation qui se vérifient strictement chez chacun des membres du groupe : la différence caractérisant le groupe doit pouvoir être à chaque fois constatée au niveau singulier de chacun de ses membres.

Cependant, comme on le sait, la discrimination positive est justifiée par un constat qui raisonne de manière globale ou statistique. Cette vérité statistique peut donc être contredite au niveau singulier : l'affiliation au groupe désavantagé peut se révéler délicate à établir pour certaines personnes, notamment pour les minorités ethniques ; dans le même esprit, le désavantage censé caractériser la situation des membres du groupe peut être démenti dans le cas de certaines personnes. Or, dans le domaine des libertés fondamentales, le rapport d'objectivité du traitement et de la réalité des individus doit être strict, il doit être en lien avec une vérité qui est idéalement singulière. Cela signifie à un niveau pratique que, si un individu est identifié par une qualité qui se rapporte à un ensemble statistique, autrement dit encore par une caractéristique groupale, le traitement dont il fait l'objet doit être en lien extrêmement étroit avec la réalité de la situation individuelle de chacun des membres du groupe, pris un à un. L'objectivité du traitement ne saurait être appréciée à partir de considérations éloignées de la vérité singulière des personnes nommément concernées par ledit traitement. Voici un élément d'argumentation supplémentaire expliquant que les discriminations positives, dans la mesure où elles reposent sur des constats qui ne sont que des moyennes statistiques, ne sauraient s'exercer dans le domaine des libertés fondamentales. Des écarts de libertés fondamentales ne sauraient être justifiés, pas même indirectement, sans la certitude que la catégorisation corresponde en tous points à la réalité des circonstances individuelles.

Dans ces conditions, si des mesures de discrimination positive devaient être pratiquées, une telle action ne pourrait concerner que des intérêts juridiques qui n'engagent pas les libertés de base. Ceci explique que les pays qui ont mis en place ce genre de mesures ne les ont instaurées que dans le domaine économique. Voilà pourquoi les discriminations positives, si elles doivent être envisagées, ne sauraient concerner que l'exercice des libertés économiques, tel l'accès à un emploi¹¹⁷⁵ ou l'obtention d'un marché public, ou tout du moins l'exercice d'une liberté qui n'engage pas frontalement une liberté individuelle de base au sens rawlsien de ce terme.

La dernière question qui se pose est alors la suivante : dans la sphère économique, où elle pourrait être envisagée, jusqu'où peut aller cette suspension du principe de non-discrimination ? Ici également, ce n'est qu'en s'adossant à une théorie générale de l'égalité

¹¹⁷⁵ Pour un aperçu concernant, outre les États-Unis et l'Europe, l'Afrique du Sud, l'Australie ou l'Inde et la position de l'OIT : J. Hodges-Aeberhard, *L'action positive dans l'emploi : la jurisprudence récente face à une notion complexe*, *Revue internationale du travail* 1999, vol. 138, n° 3, pp. 169-298.

que l'on est en capacité d'avancer des éléments de réponse dont le fondement rationnel est solide. Telle que nous nous sommes proposé de la décrire, l'égalité se définit comme le dépassement dialectique du "même" par "l'autre", de "l'uniformité de tous" par "la singularité de chacun", du "traitement identique pour tous" par le "traitement différent pour chacun". En d'autres termes, au sein de l'égalité, l'idée de "même" est première par rapport à l'idée d' "autre", le "semblable" est posé avant le "dissemblable", "l'identité de tous" prime "la singularité de chacun". À cela, il faut ajouter qu'au sein du processus dialectique, la possibilité d'un traitement différent appliqué à des groupes de personnes n'apparaît qu'au moment universel concret : elle est le résultat du dépassement dialectique des deux idéaux "tous identiques"/"chacun différent". En conséquence, la différence idéale, c'est la différence singulière, et non la différence groupale. La différence groupale n'apparaît que lors du troisième et dernier moment de l'égalité. En clair, la différence singulière prime axiologiquement la différence groupale.

Cette idée selon laquelle la différence singulière prime axiologiquement la différence groupale fournit un fondement rationnel à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière de discrimination positive. Elle constitue un argument qui permet de justifier de manière cohérente les limites qui, au nom du principe de non-discrimination, ont été posées par le juge communautaire dans les arrêts *Kalanke* et *Marschall*, aux pratiques de discrimination positive dans le domaine de l'emploi.

La question à laquelle il faut ici répondre est celle de savoir jusqu'où peut aller cette dérogation au principe d'égalité. Il est acquis que la discrimination positive implique un recul des limites posées par le principe d'égalité. Dans le domaine des libertés, on parlerait d'ingérence dans la liberté garantie, et on s'interrogerait sur le point de savoir jusqu'où peut aller ladite ingérence. Dans le domaine de l'égalité, il faut que cette dérogation ou cette "ingérence" ne porte pas atteinte à ce que l'on pourrait désigner comme faisant partie de l'essence de l'égalité : à savoir la priorité axiologique de la différence singulière sur la différence groupale. Il s'agit là d'une condition incontournable pour qu'une discrimination positive puisse être admise. Mais avant cela, il n'est pas inutile de rappeler que le traitement préférentiel doit remplir une autre condition : celle d'être au service d'une plus grande égalité. Deux conditions doivent donc être satisfaites.

La première condition est celle de l'objectif lointainement visé. Rappelons que la Cour de justice des Communautés européennes a estimé que la loi qui lui était soumise faisait partie des mesures qui « visent effectivement à éliminer ou à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale »¹¹⁷⁶. Se trouve ici confirmée l'idée selon laquelle seule l'égalité est en droit de suspendre l'égalité. Seule une finalité orientée vers plus d'égalité peut autoriser des moyens dérogeant à l'égalité, comme cela a déjà pu être souligné ; là n'est donc pas l'aspect principal de notre propos, qui est à venir.

¹¹⁷⁶ CJCE, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, précit., § 18.

La seconde condition est celle du maintien immuable, au sein de l'égalité, en son essence, de la priorité axiologique de la différence singulière sur la différence groupale. Or, c'est exactement ce que n'assurerait pas la législation du *Land* de Brême sanctionnée par l'arrêt *Kalanke*, mais ce que sauvegardait la "clause d'ouverture" prévue par la réglementation du *Land* de Rhénanie du Nord-Westphalie validée par l'arrêt *Marschall*.

Cela a déjà été relevé, en imposant le critère du sexe comme critère de distinction pour l'embauche des fonctionnaires – au poste de chef de département d'un service des espaces verts dans la première espèce, et à celui d'enseignant dans un grade supérieur dans la seconde – les lois allemandes procèdent à une confusion des logiques, à un amalgame entre les justifications valables dans un contexte proche et celles valables dans un contexte lointain. Cette confusion a pour effet de réduire l'individu, dans le contexte proche de la procédure de recrutement ou d'avancement, à une appartenance groupale qui n'est pas pertinente au regard du but immédiatement poursuivi, consistant à trouver une personne dont le profil est en relation avec les missions attachées aux postes de chef de département dans un service des espaces verts ou d'enseignant dans un établissement scolaire. En imposant une distinction groupale dénuée d'objectivité dans le contexte immédiat, en excluant par là même les distinctions qui auraient été pertinentes, on discrimine les personnes de sexe masculin pour servir un objectif à long terme d'une égalité plus effective dans le domaine des libertés économiques.

Or, bien que la discrimination positive ne soit, répétons-le, pas complètement dénuée de justification au regard du principe d'égalité lui-même, bien qu'elle ne soit, de ce fait, pas écartée dans son principe¹¹⁷⁷, il n'en reste pas moins que la primauté qu'elle donne à la différence groupale sur la différence singulière porte atteinte à l'essence de l'égalité qui pose, quant à elle, la préséance de la différence singulière sur la différence groupale.

Une telle atteinte peut éventuellement être admise lorsqu'elle ne concerne pas des libertés de base, et lorsqu'elle s'exerce dans une configuration où aucun individu n'a véritablement de différence singulière forte à faire valoir. En revanche, cette atteinte ne saurait – dans le domaine des libertés économiques où elle reste acceptable dans son principe – être systématique ; la primauté de la différence groupale sur la différence singulière doit pouvoir s'effacer lorsqu'au regard des critères pertinents, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas discriminatoires¹¹⁷⁸, se présente une personne qui se distingue de manière tout à fait singulière. Dans ce cas-là, il est indispensable de rétablir la préséance de la différence singulière sur la différence groupale. Voilà pourquoi la législation examinée dans l'affaire

¹¹⁷⁷ Il est un critère pertinent ou objectif à l'aune de la finalité poursuivie de manière médiate et subsidiaire puisqu'au regard d'une répartition statistique au niveau macro-économique les femmes sont sous-représentées. La différence de traitement entre le groupe des hommes par rapport au groupe des femmes possède un fondement objectif.

¹¹⁷⁸ C'est-à-dire à l'aune du but immédiatement poursuivi, celui de la capacité à exercer les fonctions du poste à pourvoir.

Kalanke a été jugée contraire au principe d'égalité, alors que la réglementation contrôlée dans l'affaire *Marschall* a, quant à elle, été jugée compatible au principe d'égalité, compte tenu du fait que la "clause d'ouverture" permet de retenir une personne dont la singularité correspond tout particulièrement aux critères de différenciation pertinents au regard du but immédiatement poursuivi.

Donner, comme le fait la loi du *Land* de Brême, la priorité à une différence groupale non pertinente de façon systématique sur une différence singulière pertinente constitue une discrimination qui porte atteinte à l'essence de l'égalité.

Maintenir, comme le fait la loi du *Land* de Rhénanie du Nord-Westphalie, la précellence de la différence singulière sur la différence communautaire lorsque cette différence singulière est très prononcée permet de ne pas porter atteinte à l'essence de l'égalité. Grâce au jeu de la "clause d'ouverture", une différence singulière (objective au regard du contexte immédiat de l'individu) particulièrement marquée peut prendre le pas sur une différence groupale (qui n'est pas objective au regard du contexte proche de l'individu, mais qui ne l'est qu'au regard d'un contexte plus lointain pour l'individu)¹¹⁷⁹.

D'aucuns pourraient objecter qu'il n'y aurait là rien de bien nouveau ; que nous découvririons un peu naïvement ce qui est bien connu, à savoir que les droits de l'homme sont des droits de l'individu et non des droits de groupe ; que nous nous sommes contenté de remplacer un mot par un autre, que le concept de "singulier" ne renvoie pas à autre chose qu'à celui d' "individu", que l'idéal régulateur du "droit à la singularité" est une autre manière de parler de "droit de l'individu". L'objection pourrait donc être celle-ci : dès lors qu'il serait entendu que le droit à la non-discrimination, à l'instar des autres droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, est un droit individuel ; dès lors qu'il serait acquis que l'égalité est un droit individuel ou droit subjectif ; il serait alors naturel, pour le dire de manière schématique, de faire primer la situation de l'individu sur celle du groupe.

Pour attrayante qu'elle puisse se présenter au premier abord, cette objection éventuelle répèterait au sujet de l'égalité une erreur maintes fois reproduite, à savoir qu'elle hypostasie l'égalité. On retrouve ici cette constante difficulté à percevoir que l'égalité n'est qu'un rapport, un rapport interindividuel certes, un rapport où l'idée d'individu (ou de personne) est même le contenu concret permanent de toute clause d'égalité, comme nous avons déjà eu l'occasion d'y insister, mais elle reste d'abord et avant tout un rapport, un droit à ce que l'État

¹¹⁷⁹ Le fait, pour les candidats en concurrence, d'appartenir au groupe masculin ou au groupe féminin est certes une vérité incontournable ; mais elle ne fait sens qu'au regard d'un certain contexte. Nous touchons ici une idée que nous avons déjà eu l'occasion d'émettre, à savoir qu'au regard du principe d'égalité, le réel ne se caractérise pas plus par sa diversité (pertinence du critère sexe : pertinence de la différence des sexes, différenciation selon le sexe) que par son uniformité (absence de pertinence du critère sexe, indifférenciation selon le sexe). Le principe d'égalité impose de regarder les individus à partir du double idéal régulateur selon lequel ils sont tous fondamentalement identiques et tous subsidiairement singuliers.

– lorsqu’il agit sur les positions des uns et des autres – maintienne entre les individus un rapport d’une certaine qualité. Le droit à la non-discrimination est certes un droit subjectif, mais son objet est intersubjectif. De façon imagée, on pourrait dire que s’il est possible de superposer l’individu et sa propre liberté, tel n’est pas le cas pour l’égalité : en tant qu’elle est un rapport, elle demeure une abstraction formelle et ne se laisse pas substantiver. Il n’y a d’égalité qu’entre les individus.

De fait, pendant plus d’un siècle, l’objet du droit à l’égalité n’avait rien d’individuel puisque le droit à l’égalité a très longtemps été compris comme un droit à être traité de manière rigoureusement identique à autrui. Pendant presque un siècle et demi, l’égalité a été assimilée à un rapport d’identité de traitement. En droit interne, nous nous sommes proposé de le démontrer, le modèle classique (1789-1848) et le modèle restrictif (1848-1920/1930) de la norme d’égalité devant la loi ont, l’un comme l’autre, été des modèles de pure isonomie (identité de traitement dans le cadre d’une loi universelle, valable pour la totalité des sujets de droit, concernant le modèle classique ; identité de traitement dans le cadre d’une loi générale, valable pour les seuls membres du groupe de sujets de droit visés par la catégorie générale de la règle en question, concernant le modèle restrictif). Le modèle restrictif perpétue le modèle classique en ce qu’il continue d’assimiler l’idée d’égalité à un rapport qui est un rapport d’identité de traitement, un rapport où les termes de la relation sont interchangeables. Or, en 1789 comme en 1848, le droit à l’égalité de traitement était déjà un droit individuel. De fait, pendant un siècle et demi, il a été interprété comme un droit imposant d’être traité comme son voisin, de voir son propre régime juridique aligné sur celui d’autrui, soit au niveau du “tous” (regroupement de tous au sein d’une loi universelle), soit au niveau du “quelques uns” (regroupement de “quelques uns” au sein d’une loi générale).

Interdisant toute distinction, le modèle classique proscrit *a fortiori* toute possibilité d’établir des discriminations positives : il est, par définition, incapable de justifier la différence de traitement entre groupes d’individus (en l’occurrence le groupe du sexe masculin et le groupe du sexe féminin) qui est celle de la discrimination positive. Si le modèle restrictif dispose, quant à lui, de cette capacité, il n’est en revanche pas en mesure d’apporter des limites à la pratique du traitement préférentiel (en l’occurrence, le droit à l’égalité dont dispose l’individu ne lui est d’aucune utilité pour mettre un frein à son absorption dans une catégorie communautaire, en l’espèce, soit le groupe du sexe masculin soit le groupe du sexe féminin). Seul le primat dialectiquement hiérarchisé de la différence singulière sur la différence collective caractérisant le modèle contemporain de l’égalité, tel que nous nous sommes proposé de le décrire, est en capacité de casser le modèle assimilationniste et, au-delà, de poser des bornes au phénomène largement pré-moderne de la discrimination positive.

On a pu faire observer que la construction subjective de l’égalité – comprendre le fait que l’égalité soit un droit individuel, qu’elle soit érigée en un droit subjectif – « oblige l’autorité qui a en charge d’appliquer ce droit – législateur, administrateur, juge – à porter une particulière attention aux effets de son acte à l’égard des individus en tant que tels, et non pas

seulement en tant que membres de telle ou telle catégorie, de tel ou tel groupe »¹¹⁸⁰. À notre avis, le fait que le droit à l'égalité a été interprété pendant plus d'un siècle comme un droit qui avait pour objet de faire disparaître toute individualité, comme droit à un traitement uniforme, à un traitement homogène, suffit à prouver que ce n'est pas tant l'érection de l'égalité en droit subjectif qui produit l'effet décrit que l'objet même du droit à l'égalité qui, tel qu'il est interprété dans sa période contemporaine, intègre en son sein l'idée de différence et plus exactement encore l'idée de différence singulière.

En résumé, l'approche de la notion de discrimination positive varie selon le domaine dans lequel on prétendrait l'exercer.

Dans la sphère des libertés les plus fondamentales, elle est absolument irrecevable car elle est rigoureusement incompatible avec le principe d'égalité. De fait, aucun État n'a imaginé introduire des discriminations positives en ces domaines, pas même les États-Unis.

Dans la sphère des libertés économiques susmentionnées (l'accès à l'emploi, à une formation dans un établissement d'enseignement supérieur ou à un marché public, ou à tout "bien social" dont la rareté est avérée), deux éléments semblent devoir être retenus. Le premier point est une préoccupation caractéristique de la philosophie démocratique : il s'agit de la nécessité d'une autorisation expresse par les normes de droits de l'homme – en l'occurrence la Convention européenne des droits de l'homme ou les instruments pertinents en la matière – pour pouvoir recourir à des traitements préférentiels en ces domaines car ils portent atteinte, ils dérogent, au principe d'égalité. Le second point est symptomatique de la philosophie libérale : il s'agit de la nécessité de fixer les limites à cette dérogation à l'égalité ; limites que nous nous sommes proposé d'esquisser.

Une troisième sphère doit, nous semble-t-il, venir compléter ce tableau, celle de la distribution de biens sociaux dont la rareté n'est pas prononcée et qui n'engage ni une liberté fondamentale, ni même une liberté économique : son archétype est l'aide ou l'incitation financière. Dans ce troisième et dernier domaine, où l'enjeu pour la liberté individuelle reste minime, le problème de la discrimination positive ne se pose tout simplement pas ; car seule compte, en cette matière, la poursuite de l'intérêt général¹¹⁸¹, lequel peut sans problème recouper des objectifs d'ordre macro-économique ou global, tel que celui de la promotion d'une plus grande égalité entre les hommes et les femmes. Pour ce qui concerne l'octroi d'une subvention publique, les distinctions qui peuvent être faites par l'État en fonction du sexe sont

¹¹⁸⁰ O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, p. 182.

¹¹⁸¹ Il est impossible, en cette matière, de distinguer entre, d'une part, une différence de traitement ordinaire, normalement justifiée (ou valide) et, d'autre part, une différence de traitement qui serait celle d'une discrimination positive dérogatoirement justifiée (ou valide). Ou bien, symétriquement, entre, d'un côté, une discrimination ordinaire, normalement injustifiée (ou invalide) et, de l'autre, une discrimination qui serait celle d'une discrimination positive allant au-delà de ce que pourrait autoriser une dérogation à l'égalité, donc tout autant injustifiée (ou invalide).

des distinctions objectives au regard du but à l'instant mentionné. Nous faisons ici une proposition qui reste largement au stade de l'intuition. Cependant, il semble que ce qui caractérise ce troisième et dernier domaine, c'est l'impossibilité de distinguer les deux niveaux d'intentionnalité qui caractérisent les mesures prises dans les libertés économiques du second domaine. Voilà pourquoi ce troisième et dernier domaine ne soulève aucun problème de discrimination positive.

En définitive, le phénomène de la discrimination positive au sens strict ne survient que dans ce qui peut être identifié comme le second domaine, celui de l'exercice de libertés économiques tels que l'accès à certains emplois, à certains établissements d'enseignement supérieur ou à des marchés publics¹¹⁸².

¹¹⁸² Ceci s'explique par le fait que, dans le premier domaine, il y a interdiction juridique d'opérer des discriminations positives et que, dans le troisième domaine, il y a incapacité matérielle de distinguer entre les différences ordinaires de traitement et les discriminations positives.

Conclusion titre 2. Conclusion sur le principe d'égalité et la notion de discrimination positive

Ces développements répondaient à deux ambitions : proposer des critères permettant, pour les uns, de décrire le phénomène de la discrimination positive et, pour les autres, de le circonscrire.

Concernant le premier aspect de la question : nous avons essayé de définir de manière générique la discrimination positive, tout en suggérant les raisons pour lesquelles un tel phénomène ne se manifeste en définitive que dans le domaine des libertés économiques.

En conséquence, nous nous proposons à présent de définir, de manière stricte ou circonstanciée, la discrimination positive comme une règle qui, dans le domaine des libertés économiques, impose d'opérer une distinction à raison d'un critère d'appartenance à un groupe socialement défavorisé, distinction qui – bien qu'ayant un fondement objectif à l'aune d'une finalité macro-économique égalitaire poursuivie de manière auxiliaire ou médiate – n'est pas objective au regard du but micro-économique visé de manière prioritaire ou immédiate, créant ainsi entre les personnes concernées un écart de liberté disproportionné.

Concernant le second aspect de la question : la compréhension du principe d'égalité comme le dépassement dialectique du postulat selon lequel toutes les personnes sont identiques par le postulat suivant lequel toutes les personnes sont singulières se traduit par l'établissement – au sein de l'égalité – d'une hiérarchie, à la fois logique et axiologique, entre le respect de l'identique, de la différence singulière et de la différence groupale. Cet ordre de priorité forme ce que l'on peut désigner comme l'essence du principe d'égalité. En conséquence, l'État ne saurait, sous quelque prétexte que ce soit, pas même celui de la réduction des inégalités de fait, inverser cette hiérarchie sans attenter à l'essence du principe d'égalité et par là même sortir des paradigmes de la modernité libérale.

Plus concrètement, nous avons proposé de montrer que le renforcement – à mesure que l'intérêt juridique sur lequel porte l'égalité est un intérêt qui engage une liberté fondamentale – de la priorité de l'identique sur la différence et de la différence singulière sur la différence groupale permet d'expliquer que la discrimination positive est précisément prohibée dans le domaine des libertés fondamentales.

Nous avons tenté de montrer que l'affaiblissement – à mesure que l'intérêt juridique sur lequel porte l'égalité est un intérêt qui s'éloigne d'une liberté fondamentale – de la priorité de l'identique sur la différence et de la différence singulière sur la différence groupale permet

d'expliquer que, dans un domaine aussi "anodin", pour ainsi dire, que l'aide financière, une distinction discriminatoire positive ne se laisse pas discerner par rapport à une distinction ordinaire.

Nous avons tenté de montrer que la situation de ce domaine intermédiaire qui est celui des libertés économiques, permet d'expliquer qu'en matière d'accès à l'emploi, à l'enseignement supérieur ou à des marchés publics, la discrimination positive puisse éventuellement être pratiquée, mais à condition que la discrimination opérée, premièrement, soit au service d'une plus grande égalité (maintien de la priorité de l'identique sur la différence) et, deuxièmement, ne soit pas systématique (maintien de la différence singulière sur la différence groupale).

Conclusion de la troisième partie.

La quête de l'égalité, la recherche d'une plus grande égalité, d'une égalité plus effective est une quête sans fin, qui tend à repousser toujours plus loin les limites de ce qu'il est possible d'exiger au nom du principe d'égalité. L'article 14 de la Convention et l'article 1er de son Protocole additionnel n° 12 n'échappent bien évidemment pas à cette tendance de fond, cette logique du "toujours plus". Pour autant, ces deux dispositions, telles qu'elles sont rédigées et consignées dans le traité européen, pourraient-elles se laisser imputer la totalité des obligations positives qui existent dans le domaine de l'égalité telles qu'elles résultent des instruments internationaux *ad hoc* ? Si, dans l'abstrait, rien ne semble devoir s'opposer de façon réellement dirimante à une telle possibilité, dans le contexte pratique du système de garantie des droits de l'homme qu'est celui de la Convention européenne des droits de l'homme, il nous semble que l'article 14 et l'article 1er du Protocole n° 12 sont des dispositions qui, globalement, ne se laissent pas interpréter de façon à générer des obligations positives et, en toute hypothèse, certainement pas des obligations positives imposant d'établir des discriminations positives au sens strict. Ces dernières relèvent de la politique discrétionnaire des États européens, dans la limite du respect de l'essence intangible du principe d'égalité.

Il faut en effet se garder de confondre obligation positive et discrimination positive, qui sont deux notions bien distinctes. Si, dans l'absolu, il est possible de les conjuguer, dans la pratique une telle association n'existe pas à ce jour. L'obligation positive est un genre particulier d'impératif juridique qui a pour objet de commander à l'État d'adopter une législation afin d'améliorer l'effectivité d'un droit, en l'occurrence le droit à l'égalité. La discrimination positive correspond, quant à elle, à un genre particulier de législation qui établit une distinction dont la lecture est ambiguë, en ce sens qu'elle est, d'un premier point de vue, une différenciation discriminatoire et, d'un second point de vue, une différenciation légitime.

Bien qu'indirectement orientées vers l'égalité, les législations établissant des discriminations positives introduisent de véritables inégalités juridiques, il est donc fort probable que la Cour européenne des droits de l'homme soit un jour saisie d'une requête l'invitant à se prononcer sur la compatibilité d'une pratique de ce type avec le principe d'égalité garanti par la Convention européenne des droits de l'homme. Notre travail avait donc pour objectif de proposer à la haute juridiction européenne, et au-delà à tout acteur juridique, un cadre conceptuel lui permettant d'appréhender le phénomène de la discrimination positive et, notamment, d'en fixer les indispensables limites. Si cette analyse

de la discrimination positive et des critères permettant de la distinguer d'une discrimination ordinaire mérite sans aucun doute d'être approfondie et affinée, le souci principal reste celui d'offrir les axes fondamentaux d'un cadre de discussion permettant une prise de position sur le sujet au niveau des principes. La décision de recourir à un programme de discrimination positive est – du fait de son extrême particularité – une décision purement politique, qui ne saurait être imposée au nom d'une quelconque obligation positive. La question de ses limites relève, en revanche, de la compétence du droit de la Convention européenne dès lors que celle-ci garantit, notamment, un principe d'égalité. De ce point de vue, notre propos a, pour ainsi dire, consisté à pointer où la discrimination positive ne peut pas aller.

Conclusion générale

S'il fallait résumer d'un seul trait les principaux enseignements dégagés par la présente recherche sur le principe d'égalité dans la Convention européenne des droits de l'homme, on pourrait dire que : premièrement, décrire l'égalité aujourd'hui n'est plus tout à fait la même chose que décrire l'égalité hier ; de nos jours, l'égalité ne signifie pas seulement l'identique ; deuxièmement, appliquer l'égalité n'est pas exactement la même chose qu'appliquer la liberté ; et, troisièmement, sauvegarder l'égalité n'est pas la même chose qu'améliorer l'égalité.

D'une manière moins schématique, il importe de faire observer que le principe d'égalité a connu une histoire marquée tout à la fois par une imperturbable continuité et une cassure radicale. L'élément de permanence correspond au développement de son champ d'application ; cet essor ne s'est jamais démenti depuis les premières années du XIXe siècle jusqu'à nos jours, comme le prouve, récemment encore, l'adoption du Protocole additionnel n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme. L'élément de rupture s'apparente, quant à lui, à une sorte de révolution copernicienne : il s'agit du changement de signification qu'a subi l'égalité à partir du premier tiers du XXe siècle et dont la Cour européenne des droits de l'homme s'est fait l'écho dès son premier arrêt rendu en la matière, lorsqu'elle a d'emblée été amenée à préciser que le principe d'égalité « n'interdit pas toute distinction » (n'interdit *plus* toute distinction, faudrait-il dire dans une mise en perspective historique).

Dans la période contemporaine, le principe d'égalité exige que les traitements des individus par les États contractants à la Convention reposent comparativement sur une « justification objective et raisonnable ». Cette définition de la non-discrimination par la Cour européenne des droits de l'homme possède l'avantage inestimable, sous réserve de quelques

précisions, de préserver l'unité et l'autonomie du concept d'égalité. Elle ne se perd, ni dans des dualismes aporétiques qui distingueraient entre égalité et non-discrimination ou entre égalité formelle et égalité matérielle ou encore entre égalité et équité, etc. ; ni dans une dilution syncrétique qui consisterait à amalgamer égalité et légalité ou égalité et justice, etc.

La description que nous avons faite de la définition de la non-discrimination, telle qu'elle résulte de l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'*Affaire linguistique belge*, s'est proposée de mettre en lumière et de maintenir, autant que possible, ces deux qualités tout en la prémunissant du penchant – qui la caractérise trop souvent – de se laisser absorber dans le principe de proportionnalité.

De toutes les règles juridiques, la norme d'égalité est peut-être celle qui a le plus besoin d'un travail de dogmatique juridique consistant à cerner au plus juste ce qu'elle protège en propre. Face à une telle norme, il était en effet important de replacer le juridique au centre de la discussion. En termes plus explicites, mener un travail visant à cerner et à préserver l'autonomie de la logique juridique à l'œuvre dans l'opération d'application du principe de non-discrimination nous a paru d'autant plus nécessaire que, dans ce cas précis, ladite opération abandonne à l'organe d'application une part extrêmement large à l'acte de volonté, c'est-à-dire à la décision discrétionnaire. Il était donc crucial de retracer, de manière continue, tout au long du processus de concrétisation du principe de non-discrimination, le lien entre l'idée d'égalité et les diverses exigences prétoriennes, telles qu'elles sont énoncées par la Cour européenne des droits de l'homme.

Les développements consacrés à l'étude des principes jurisprudentiels relatifs à l'article 14 de la Convention européenne ont donc été l'occasion de présenter une méthode générale d'application du principe d'égalité – quant à ses axes les plus fondamentaux – ainsi qu'une théorie de la discrimination directe et indirecte, seule subdivision méthodiquement recevable si l'on veut conserver à l'égalité son unité et sa cohérence conceptuelle. La compréhension du phénomène de la discrimination indirecte est d'ailleurs incontournable dès l'instant où la Cour européenne des droits de l'homme prétend, à partir de l'arrêt *Thlimmenos*, soumettre aux exigences du principe d'égalité, non plus uniquement le traitement différent, mais aussi le traitement identique ; nous avons en effet cherché à montrer dans le détail comment un traitement directement identique de situations très essentiellement différentes peut indirectement occasionner une différence de traitement discriminatoire.

Si la recherche d'une plus grande égalité, d'une égalité plus effective, est une quête qui participe de l'essence même d'une société démocratique, elle doit être menée avec des outils appropriés à un tel objet. Or, le principe de non-discrimination tel qu'il est garanti par la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas un instrument véritablement adapté à la logique très particulière de l'amélioration de l'égalité, et notamment pas à celle qui consiste en la réduction des inégalités de fait. En d'autres termes, les enjeux de la garantie d'une dimension défensive de l'égalité et celle d'une dimension positive de l'égalité sont

foncièrement différents. Ils peuvent même, dans le cas très particulier de la discrimination positive, être antagoniques ; dans ce dernier cas, il est alors vital de préserver absolument ce que nous avons proposé d'identifier comme étant l'essence du principe d'égalité, à savoir la priorité – au sein de l'égalité – de l'identique sur le différent, et de la différence singulière sur la différence groupale.

En définitive, le principe d'égalité garanti par la Convention européenne remplit une fonction qui est principalement, voire exclusivement, d'ordre défensif : il interdit à l'État – lorsque ce dernier prétend agir, au travers de son activité législative, sur les positions juridiques des personnes relevant de sa juridiction – d'introduire des discriminations. Autrement dit, il a pour objet de maintenir entre les diverses *positions* individuelles un *rapport* d'une certaine qualité : soit un *rapport* d'identité de traitement, en *rapport* avec des situations semblables ; soit un *rapport* de différence *raisonnable* de traitement, en *rapport* avec des situations dissemblables. Énoncé de façon synthétique, le principe d'égalité commande que la distribution des intérêts qui relèvent de son champ d'application soit opérée d'une manière comparativement objective et raisonnable ; d'une manière qui respecte une relation d'*objectivité* des traitements à la réalité et une relation de *non-disproportion* entre les positions juridiques des uns et des autres.

Plus en amont, il a nous semblé important de comprendre comment il est possible qu'un législateur national puisse édicter une législation qui opère des distinctions de toutes sortes – au niveau d'une personne ou d'un groupe de personnes – tout en restant en cohérence avec l'idée qu'il est soumis au respect du principe d'égalité, ou de comprendre à quel moment il ne l'est plus et, notamment, de saisir les raisons pour lesquelles il ne le serait plus. De la même façon, il était capital d'expliquer, de manière rationnelle, *pourquoi* le principe d'égalité exige un traitement identique pour des situations semblables, et un traitement raisonnablement différent pour les situations essentiellement dissemblables.

La réponse à ces questions passe par la compréhension que l'idée moderne d'égalité est intrinsèquement traversée par une tension, un paradoxe que nous nous sommes proposé de théoriser et de résoudre en ayant recours à la dialectique hégélienne. Cette description dialectique de l'égalité, laquelle implique de décomposer de manière idéale le concept d'égalité en différents moments dont il incarne le dépassement, permet de comprendre et de maîtriser chacune des exigences tirées du principe d'égalité.

En résumé, nous proposons de définir l'égalité aujourd'hui comme cette idée qui impose à l'autorité législative de considérer les sujets de droit à partir de ce double idéal régulateur, à la fois interne à l'égalité et hiérarchisée en son sein : celui de la similarité de tous d'abord, et de la différence de chacun, ensuite. C'est cet idéal régulateur qui, nous avons cherché à le montrer, est au fondement de la double exigence pratique inhérente à la concrétisation du principe de non-discrimination.

La présente étude doit donc se lire comme un essai sur une théorie générale de l'égalité, sur une théorie juridique de l'égalité mais aussi sur une théorie philosophique de l'égalité. Celle-ci assigne un statut philosophique et juridique précis à l'idée d'égalité et d'inégalité, mais aussi corrélativement à celle de différence (ou si l'on préfère, à l'idée d'autre, de dissemblable, de distinct, d'hétérogène, etc.), individuelle ou groupale, ainsi qu'à l'idée d'identique (ou si l'on préfère, à l'idée de même, d'uniforme, d'homogène, etc.) ; elle propose de décrire, d'une manière rationnellement maîtrisée, quelle est l'articulation que ces diverses notions entretiennent et, tout particulièrement, quelle est la relation entre l'idée d'égalité et celle de différence. Eu égard à son degré de généralité, elle peut servir de fondement à la compréhension de l'idée d'égalité dans tout système juridique relevant de la tradition occidentale.

Nous présentons cette théorie comme un élément destiné à participer en tant que tel à la controverse actuelle animant la philosophie politique, controverse centrée sur les questions de pluralisme et d'universalisme, de libéralisme et de communautarisme. Même s'il s'agit bien évidemment d'un travail qui, pour une large part, reste à faire, notre proposition nous semble en l'état suffisamment étayée pour intervenir dans un tel débat, non pas au niveau, supérieur, de la détermination d'une société juste – pour le dire à la manière dont la question a été posée en ce domaine à la suite de Rawls – mais au niveau, moins élevé, de la définition d'une conception possible du Bien, et plus exactement encore de cette portion très précise de l'idée du Bien dans les sociétés occidentales contemporaines que constitue l'idée d'égalité. À cet égard, la conception de l'égalité que nous défendons prétend se situer à l'intérieur de la modernité libérale ; mais une modernité libérale réaménagée par rapport à la tradition classique et dans laquelle le statut de la différence dans l'espace public est très exactement celui que nous décrivons dans le cadre de cette théorie : une différence interne à l'égalité, idéalement singulière, mais irrévocablement seconde et dialectiquement hiérarchisée par rapport à l'idée première d'identique.

Références bibliographiques

Thématique de la première partie, titre 1

I. Ouvrages

Anschütz G., *Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919*, Berlin, Stilke, 1933, 14^e éd.

Anschütz G., *Die Verfassungsurkunde für den preussischen Staat*, Berlin, 1912, tome I.

Aucoc L., *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Paris, Dunod, 1885, 3^e éd.

Bagley I.H., *General Principles and Problems in the Protection of Minorities*, Genève, Imprimeries Populaires, 1950.

Balogh (de) A., *La protection internationale des minorités*, Paris, Les Éditions internationales, 1930.

Batbie A., *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris, Larose, 1885, 2^e éd., tome II.

Böckenförde E.-W., *L'État et la constitution démocratique*, O. Jouanjan (éd.), Paris, LGDJ, 2000.

Bossuyt M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976.

Burckardt W., *Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29 mai 1874*, Berne, 1914, 2^e éd.

Caporal S., *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la révolution française (1789-1799)*, Paris, Économica, 1988.

Carpotori F., *Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, Série d'études sur les droits de l'homme, n° 5, Nations Unies, 1991.

Carré de Malberg R., *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, 1920, tome I ; réimp., éd. du CNRS, 1962.

Carré de Malberg R., *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931 ; réimp. Paris, Économica, 1984.

Cavaré L., *Le droit international public positif*, Paris, Pédone, 1951, tome I.

Daillier P. et Pellet A. (Nguyen Quoc Dinh), *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2002, 7^e éd.

Ducrocq Th., *Cours de droit administratif*, Paris, Fontemoing, 1898, 7^e éd., tome III.

Duguit L., *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing / E. Bocard, 1923, 2^e éd., tome III.

Dumont L., *Essais sur l'individualisme – Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Seuil, 1983.

Dumont L., *Homo aequalis, II – L'Idéologie allemande*, Paris, Gallimard, 1991.

Dupuy R.-J., *Dialectiques du droit international – Souveraineté des États, communauté internationale et droits de l'humanité*, Paris, Pédone, 1999.

Ermacora F., *Diskriminierungsschutz und Diskriminierungsverbot in der Arbeit der Vereinten Nationen*, Vienne/Stuttgart, Braumüller, 1971.

Esmein A., *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, 1896, 1^e éd. ; présenté par D. Chagnollaud, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2001.

Fauré Ch. (éd.), *Les déclarations des droits de l'homme de 1789*, Paris, Payot, 1988.

Fenet A. (dir.), *Le droit et les minorités, analyses et textes*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

Fleiner F., *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, Mohr, 1922, 6^e éd.

Foucart E.-V., *Éléments de droit public et administratif*, Maresq, 1843, 3^e éd.

Fouques-Duparc J., *La protection des minorités de race, de langue et de religion*, thèse de doctorat, Paris, Dalloz, 1922.

Hauriou M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1907, 6^e éd. ; réimp., Paris, Dalloz, 2002.

Hauriou M., *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, 2^e éd.

Jaenicke G., *Der Begriff der Diskriminierung im modernen Völkerrecht*, Berlin, Junker u. Dünhaupt, 1940.

Jaume L. (dir.), *Les déclarations des droits de l'homme : du débat 1789-1793 au préambule de 1946*, Paris, Flammarion, 1989.

Jouanjan O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Économica, 1992.

Jouanjan O. (dir.), *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001.

Jouët G., *De l'évolution de l'idée d'égalité dans le droit public français*, Paris, 1909.

Kewenig W., *Der Grundsatz der Nichtdiskriminierungsschutz im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen, vol. I (Der Begriff der Diskriminierung)*, Frankfurt am Main, Athenäum, 1972.

Koskenniemi M. (dir.), *International Law*, Aldershot (Hong-Kong/Singapore/Sydney), Dartmouth, 1992.

Leibholz G., *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, Berlin, Liebmann, 1925, 1^e éd. ; München et Berlin, 1959, 2^e éd.

Mc Kean W., *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983.

Mohl (von) R., *Das Staatsrecht des Königsreiches Württemberg*, Tübingen, 1840, 2^e éd.

Mohl (von) R., *Die Polizeiwissenschaft nach Grundsätze des Rechtsstaates*, Tübingen, 1834, 1^e éd. ; Tübingen, 1844, 2^e éd.

Mohl (von) R., *Staatsrecht Völkerrecht, Politik*, 1862, tome II.

Rouland N. (dir.), **Pierré-Caps S.** et **Poumarède J.**, *Droit des minorités et des peuples*

autochtones, Paris, PUF, 1996.

Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme, La Haye, Martinus Nijhoff, 1975 (8 volumes).

Rials S. (éd.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988.

Rials S. (éd.), *Textes constitutionnels français*, Paris, PUF, 1982, 1^{ère} éd ; 2001, 15^e éd.

Schmitt C., *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, Berlin et Leipzig, 1926.

Serrigny, *Traité du droit public des Français*, 1846, tome I.

Tribe L.H., *American constitutional law*, Mineola, New York, The Foundation press, 1988, 2^e éd.

Vierdag E.W., *The Concept of Discrimination in International Law, with special reference to Human Rights*, The Hague, Nijhoff, 1973.

Wachsmann P., *Les droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2002, 4^e éd.

Wachsmann P., *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 2002, 4^e éd.

II. Articles

Anzilotti D., *Recueil des cours de l'Académie*, 26, 1929, p. 457 (cité par A. Verdross, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *RCADI*, 1931, pp. 325-407).

Boutros-Ghali B., « Le principe d'égalité des États et les Organisations internationales », *RCADI*, 1960-II, tome 100, pp. 1-73.

Brial F., « Le principe d'égalité des États en droit international public », *RDISDP*, 2001, pp. 45-90.

Bruschi C., « Citoyenneté et universalité », in J. Imbert *et alii* (dir.), *Les principes de 1789*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, pp. 151-178.

Cassin R., « La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 », discours à l'Académie des sciences morales et politiques du 8 décembre 1958, Institut de France, Paris, 1958 (29), pp. 1-14.

Cassin R., « La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme », *RCADI* 1951, tome 79, pp. 241-367.

Cassin R., « Quelques souvenirs sur la Déclaration universelle de 1948 », *Revue de droit contemporain* 1968, n° 1, pp. 3-14.

Chomé Th., « Le principe de l'égalité en droit de la République fédérale allemande », in H. Buch, P. Foriers, Ch. Perelman (dir.), *L'égalité*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1971, pp. 36-71.

Combaceau J., « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, pp. 47-58.

Flauss J.-F., « La protection des droits de l'homme et les sources du droit international », in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international* (Société française pour le droit international, colloque de Strasbourg, mai 1997), Paris, Pédone, 1998, pp. 9-80.

Goy R., « La Cour permanente de justice internationale et les droits de l'homme », in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1995, pp. 199-232.

Griffin-Collart E., « L'égalité : condition de l'égalité sociale pour J.-J. Rousseau », in H. Buch, P. Foriers, Ch. Perelman (dir.), *L'égalité*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1971, pp. 258-271.

Gusdorf G., « La France, pays des droits de l'homme... », *Droits* n° 8 (*La Déclaration de 1789*), 1988, pp. 23-31.

Imbert P.-H., « L'apparente simplicité des droits de l'homme – Réflexions sur les différents aspects de l'universalité des droits de l'homme », *RUDH*, 1989, pp. 19-29.

Kiss A.-Ch., « La condition des étrangers en droit international et les droits de l'homme », *Mélanges W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1972, tome I, pp. 499-511.

Leben Ch., « Y a-t-il une approche européenne des droits de l'homme ? », in Ph. Alston (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 71-98.

Lillich R. B., « Invoking International Human Rights Law in domestic Courts », *Cincinnati Law Review*, Vol. 54, 1985, pp. 367-415.

Luchaire F., « Un janus constitutionnel : l'égalité », *RDP* 1986, pp. 1229-1274.

Miranda J., « La Constitution portugaise et la protection internationale des droits de

l'homme », *Archiv des Völkerrechts*, mars 1996, pp. 73-95.

Moltesen L., « La Société des Nations et la protection des minorités », in P. Munch (dir.), *Les origines et l'œuvre de la Société des Nations*, Copenhague, Gyldendaske Boghandel – Nordisk Forlag, 1924, tome II, pp. 296-323.

Rolland P., « Faut-il désirer la paix ? J.-J. Rousseau et la paix perpétuelle », *Droits* 2001 n°33, pp. 141-163.

Ramcharan B.G., « Equality and Non-Discrimination », in L. Henkin (dir.), *The International Bill of Rights*, New York, Columbia University Press, 1981, pp. 247-269.

Schmidt J., « La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique », *Revue internationale de droit comparé*, 1987, pp. 43-88.

Starck Ch., « L'égalité en tant que mesure du droit, problèmes d'application du principe d'égalité », in Ch. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 179-199.

Sudre F., « Le droit à la non-discrimination dans la jurisprudence du Comité des Nations Unies », in F. Sudre (dir.), *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, les communications individuelles*, actes du colloque de Montpellier, 6-7 mars 1995, IDEDH, URA CNRS.2049, Faculté de droit, Université Montpellier I, 1995.

Tulkens F., « Les droits sociaux dans la jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in C. Grewe et F. Benoît-Rohmer (dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2003, pp. 117-143.

Vedel G., « L'égalité », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines – sa pérennité*, Paris, La documentation française, 1990, pp. 171-180.

Vegleris Ph., « Le principe d'égalité dans la Déclaration universelle et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, tome 1, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1972, pp. 565-588.

Verdross A., « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *RCADI*, 1931, pp. 325-407.

Verhoeven J., « Les principales étapes de la protection internationale des minorités », *RTDH*, 1997, pp. 177-203.

Würtenberger Th., « Égalité », in U. Karpen (dir.), *La Constitution de la République Fédérale d'Allemagne, essais sur les droits fondamentaux et les principes de la Loi fondamentale avec une traduction de la Loi fondamentale*, Baden-Baden, Nomos, 1996, pp. 71-92.

Thématique de la première partie, titre 2

I. Ouvrages

Agacinski S., *Politique des sexes*, Paris, Seuil, 1998.

Arendt H., *Les origines du totalitarisme – L'impérialisme*, Paris, Seuil, 1982.

Biard J., Buvat D., Kervégan J.-F., Kling J.-F., Lacroix A., Lécivain A. et Slubicki M., *Introduction à la lecture de la Science de la logique de Hegel – La doctrine de l'essence*, Paris, Aubier Montaigne, 1983.

Bourdieu P., *La domination masculine*, Paris, Seuil, 1998.

Burke E., *Réflexions sur la Révolution de France*, 1790.

Collin D., *Morale et justice sociale*, Paris, Seuil, 2001.

Crépon M., *Les promesses du langage – Benjamin, Rosenzweig, Heidegger*, Paris, Vrin, 2001.

Fichte J.G., *Fondement du droit naturel*, Paris, PUF, 1985.

Frege G., *Écrits logiques et philosophiques*, Paris, Seuil, 1971.

Guérard de Latour S., *La société juste – Égalité et différence*, Paris, Armand Colin, 2001.

Guillarme B., *Rawls et l'égalité démocratique*, Paris, PUF, 1999.

Hegel G.W.F., *Encyclopédie des sciences philosophiques en abrégé* (édition de 1830), M. de Gandillac (trad.), F. Nicolin et O. Pöggeler (éd.), Paris, Gallimard, 1970.

Hegel G.W.F., *La raison dans l'histoire*, introduit et commenté par J.-P. Frick, Paris, Hatier, coll. « Profil philosophie » n° 723, 1987.

Hegel G.W.F., *Principes de la philosophie du droit* (Berlin, librairie Nicolai, 1821), Paris, PUF, 1998.

Hegel G.W.F., *Science de la logique* (Deuxième tome, *La logique subjective ou doctrine du concept*), P.-J. Labarrière et G. Jarczyk (trad.), Paris, Aubier Montaigne, 1983.

Honneth A., *La lutte pour la reconnaissance*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2000.

Husserl E., *Expérience et jugement, recherches en vue d'une généalogie de la logique*, Paris, PUF, 1991.

Husserl E., *Recherches logiques, tome second, recherches pour la phénoménologie et la théorie de la connaissance*, Paris, PUF, 1961.

Jaume L., *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997.

Jouanjan O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Économica, 1992.

Kelsen H., *Théorie générale du droit et de l'État* (*General Theory of Law and State*, New York, Russel and Publishers, 1945), B. Laroche (trad.), Paris, LGDJ, 1997.

L'égalité, *Cahiers de philosophie politique et juridique*, 1985, n° 8 (Actes du colloque de mai 1985), Centre de publications de l'Université de Caen.

Lacroix J., *Michaël Walzer – Le pluralisme et l'universel*, Paris, Michalon, 2001.

Mercier-Josa S., *Théorie allemande et pratique française de la liberté*, Paris, L'Harmattan, 1993.

Müller F., *Discours de la méthode juridique* (*Juristische Methodik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993), O. Jouanjan (trad.), Paris, PUF, 1996.

Perelman Ch., *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990.

Rawls J., *Théorie de la justice*, C. Audard (trad.), Paris, Seuil, 1987.

Rehberg L.A.W., *Recherches sur la Révolution française* (1793), traduit et présenté par L.K. Sosoé, préf. A. Renaut, Paris, Vrin, 1998.

Renault E., *Mépris social – Éthique et politique de la reconnaissance*, Paris, Éditions du Passant, 2000.

Renaut A. et Mesure S., *Alter Ego, Les paradoxes de l'identité démocratique*, Paris, Aubier, 1999.

Renaut A. et Sosoe L., *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1991.

Renaut A., *L'ère de l'individu – Contribution à une histoire de la subjectivité*, Paris, Gallimard, 1989.

Renaut A., *L'individu – Réflexions sur la philosophie du sujet*, Paris, Hatier, 1995.

Renaut A., *Libéralisme politique et pluralisme culturel*, Paris, Éditions Pleins Feux, 1999.

Ricœur P., *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990.

Rousseau J.-J., *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1755), Paris, Gallimard, 1965.

Sandel M., *Le libéralisme et les limites de la justice*, Paris, Seuil, 1999.

Schnapper D., *La démocratie providentielle – Essai sur l'égalité contemporaine*, Paris, Gallimard, 2002.

Sfez L., *L'égalité*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1989.

Sfez L., *Leçons sur l'égalité*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1984.

Taylor Ch., *La liberté des modernes*, Paris, PUF, 1997.

Taylor Ch., *Le malaise de la modernité*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2002.

Taylor Ch., *Multiculturalisme – Différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 2001.

Tocqueville (de) A., *De la démocratie en Amérique* (1840); réimp., Paris, Garnier-Flammarion, 1981, tome II.

Walzer M., *Sphères de justice – Une défense du pluralisme et de l'égalité*, P. Engel (trad.), Paris, Seuil, 1997 (*Spheres of justice – A Defense of Pluralism and Equality*, New York, Basic Books, 1983).

Wuhl S., *L'égalité. Nouveaux débats – Rawls et Walzer : les principes face aux pratiques*, Paris, PUF, 2002.

II. Articles

Bacot G., « Rousseau et l'établissement de l'égalité », in G. Koubi et G.J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances – Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La découverte, 2000, pp. 13-23.

Bouretz P., « Sur la philosophie politique de l'égalité », in *Conseil d'État – Rapport public 1996 : Le principe d'égalité*, Paris, La documentation française, pp. 477-486.

Boyer A., « Justice et égalité », in D. Kambouchner (dir.) *Notions philosophie – III*, Paris, Gallimard, 1995, pp. 9-86.

Braibant G., « Réflexions sur le principe d'égalité », *REDP* 1999, vol. 11, n° 2 (n° spécial : *Le principe d'égalité*), pp. 443-454.

Burbidge J.W., « L'injustice dans l'égalité : quelques réflexions sur la pensée de Hegel », *Cahiers de philosophie politique et juridique* 1985, n° 8 (*L'égalité – Actes du colloque de mai 1985*), Centre de publications de l'Université de Caen, pp. 181-189.

Deranty J.-Ph., « Mécontentement et lutte pour la reconnaissance : Honneth face à Rancière », in E. Renault et Y. Sintomer (dir.), *Où en est la théorie critique ?*, Paris, La Découverte, 2003, pp. 185-199.

Fischbach F., « Axel Honneth et le retour aux sources de la théorie critique : la reconnaissance comme "autre de la justice" », in E. Renault et Y. Sintomer (dir.), *Où en est la théorie critique ?*, Paris, La Découverte, 2003, pp. 169-184.

Garcia M., « Principe de l'égalité : de l'uniformité à la différenciation ou l'interminable histoire de Caïn et Abel, deux frères marqués par la différence », *REDP* 1999, vol. 11, n° 2 (n° spécial : *Le principe d'égalité*), pp. 419-440.

Haarscher G., « The idea of equality », in Ch. Perelman (dir.), *L'égalité*, vol. IX, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 176-196.

Jouanjan O., « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits* n° 16, 1992, pp. 131-139.

Kervégan J.-F., « Hegel, l'État, le droit », *Droits* n° 16, 1992, pp. 21-32.

Kervégan J.-F., « L'institution de la liberté » (article de présentation des *Principes de la philosophie du droit* de Hegel, texte présenté, révisé, traduit et annoté par J.-F. Kervégan), in G.W.F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit* (Berlin, 1821), Paris, PUF, 1998, pp. 1-66.

Leben Ch., « Le Conseil Constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP* 1982, pp. 296-353.

Leben Ch., « Le principe d'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire », in G. Haarscher (dir.), *Chaim Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 215 *sqq.*

Moor P., « Du principe d'inégalité – Suisse », *REDP* 1999, vol. 11, n° 2 (n° spécial : *Le principe d'égalité*), pp. 981-1004.

Orianne P., « Valeurs et méthode dans le système juridique : le rôle de l'égalité », in Ch. Perelman (dir.), *L'égalité*, vol. VIII, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 583-614.

Perelman Ch., « Égalité et intérêt général », in Ch. Perelman (dir.), *L'égalité*, vol. VIII, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 615-624.

Raynaud Ph., « Égalité », in Ph. Raynaud et S. Rials, *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996, pp. 189-195.

Renault E., « Entre libéralisme et communautarisme : une troisième voie ? », in E. Renault et Y. Sintomer (dir.), *Où en est la théorie critique ?*, Paris, La Découverte, 2003, pp. 251-268.

Renault E., « Les conceptions européennes de l'identité », in N. Tazi (dir.), *Keywords : l'identité*, Paris, La Découverte, 2003.

Renault E., « Politique de l'identité, politique dans l'identité », *Lignes* octobre 2001, pp. 178-200.

Renaut A., « La raison et l'histoire » (avant-propos), in A. Renaut (dir.), P. Savidan, P.-H. Taivoillot, *Histoire de la philosophie politique*, tome III (*Lumières et romantismes*), Paris, Calmann-Lévy, 1999, pp. 7-26.

Renaut A., « Les humanismes modernes », in A. Renaut (dir.), P. Savidan, P.-H. Taivoillot, *Histoire de la philosophie politique*, tome III (*Lumières et romantismes*), Paris, Calmann-Lévy, 1999, pp. 29-47.

Renaut A., « Multiculturalisme, pluralisme, communautarisme », in Y. Michaud (dir.), *L'Université de tous les savoirs – Le pouvoir, l'État, la politique*, Paris, Odile Jacob, 2002, pp. 9-23.

Ricœur P., « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », in P. Amselek, (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant,

1995, p. 186 *sqq.*

Rivero J., « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », *Travaux de l'association Henri Capitant*, tome XIV, Paris, Dalloz, 1961-1962, pp. 343-360.

Vanquickenborne M., « *La structure de la notion d'égalité en droit* », in H. Buch, P. Foriers, Ch. Perelman (dir.), *L'égalité*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1971, pp. 176-189.

Vrabie G., « Égalité et équité – Une plaidoirie pour le principe *restitutio in aequitatem* », *REDP* 1999, vol. 11, n° 2 (n° spécial : *Le principe d'égalité*), pp. 961-965.

Westen P., « The empty Idea of Equality », *Harvard Law Review* 1981-1982, vol. 95, pp. 537-596.

Thématique de la deuxième partie

I. Ouvrages

Alen A. et Lemmens P. (dir.), *Égalité et non-discrimination*, Anvers, Kluwer, 1991.

Berger V., *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Sirey, 2000, 7^e éd.

Bossuyt M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976.

Buquicchio de Boer M., *L'égalité entre les sexes et la Convention européenne des droits de l'homme – Aperçu de la jurisprudence strasbourgeoise*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1995.

Cohen-Jonathan G., *Aspects européens des droits fondamentaux*, Paris, Montchrestien, 1996.

Conseil d'État, *Rapport public 1996 : Le principe d'égalité*, Paris, La documentation française, 1997.

Dijk (van) P. et Hoof (van) G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer/Boston, Kluwer, 1990, 2^e éd.

Droits des personnes privées de leur liberté – Égalité et non-discrimination, actes du 7^e colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme (Copenhague, Oslo, Lund, 30 mai-2 juin 1990), Strasbourg, Engel, 1994.

Ergec R. et Velu J., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990.

Hernu R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 2003.

Jouanjan O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Économica, 1992.

Mélin-Soucramanien F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Économica, 1997.

Pellissier G., *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996.

Pettiti L.-E., Decaux E., Imbert P.-H. (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, Paris, Économica, 1999, 2^e éd.

Renucci J.-F., *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 1999.

Revue européenne de droit public 1999, vol. 11, n° 2 (numéro entièrement consacré au principe d'égalité).

RTDH 2001, n° 46 (numéro spécial : *Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie*).

Schwarze J., *Droit administratif européen* (chapitre IV : « Le principe d'égalité et le principe de non-discrimination s'imposent à toute action souveraine », pp. 577-719), Bruxelles, Bruylant, 1994, vol. I.

Sudre F., *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2001, 5^e éd.

Symonides J. (dir.), *The Struggle against Discrimination – A collection of International Instruments adopted by the United Nations System*, Paris, UNESCO, 1996.

Villiger M.E., *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999.

II. Articles

Asscher-Vonk I.P., « Towards One Concept of Objective Justification ? », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 39-51.

Banton M., « Discrimination Entails Comparison », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 107-117.

Bayefsky A., « The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law », *HRLJ* 1990, vol. 11, n° 1-2, pp. 1-34.

Belloubet-Frier N., « Le principe d'égalité », *AJDA* 1998 (n° spécial sur les droit fondamentaux, 20 juillet-20 août), pp. 152-164.

Bossuyt M., « Article 14 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, Paris, Économica, 1999, pp. 475-488.

Busuttil E., « Non-Discrimination (Article 14 of the Convention) », in *L'éclosion du droit européen des droits de l'homme – Liber amicorum – Mélanges en l'honneur de Carl Aage Norgaard*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, pp. 31-38.

Choudhury T., « Interpreting the Right to Equality Under Article 26 International Covenant on Civil and Political Rights », *EHRLR* 2003, pp. 24-52.

Christophe Tchakalov M.-F., « Le principe d'égalité », *AJDA* 1996 (n° spécial), pp. 168-177.

Clark T. et Niessen J., « Equality Rights and Non-Citizens in Europe and America : The Promise, the Practice and Some Remaining Issues », *NQHR*, 1996, pp. 245-275.

Clarke B., « The Vienna Convention Reservations, Regime and the Convention on the discrimination against Women », *AJIL* 1991, pp. 238-289.

Cohen-Jonathan G., « Convention européenne des droits de l'homme : principe de non-discrimination », *Juris-Classeurs, Fascicule Europe*, n° 6522, 1992, pp. 28-32.

Dhommeaux J., « L'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le droit des pensions », *RFDA* 1996, pp. 1239-1241.

Edel F., « Le Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme », *L'Europe des libertés*, n° 4, janvier 2001, pp. 11-16.

Eide A. et Opsahl T., « Égalité et non-discrimination – Rapport général », in *Droits des personnes privées de leur liberté – Égalité et non-discrimination* (actes du septième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme), Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1990, pp. 104-144.

Eissen M.-A., « L'autonomie de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Commission », in *Mélanges en hommage à Polys Modinos*, Paris, Pédone, 1968, pp. 122-145.

Flauss J.-F., « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », chron., *AJDA*, depuis 1993.

Fawcett J., « The Notion of Discrimination », in H. Buch, P. Foriers, Ch. Perelman (dir.), *L'égalité*, vol. V, Bruxelles, Bruylant, 1977, pp. 14-24.

Garrone P., « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *RTDH* 1994, pp. 425-449.

Gonzales G., « Le Protocole additionnel n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme portant interdiction générale de discriminer », *RFDA* 2002, pp. 113-123.

Guggenheim P., « Quelques remarques au sujet de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme », in *René Cassin amicorum discipulorumque liber*, vol. I, *Problèmes de protection internationale des droits de l'homme*, Paris, Pédone, 1969, pp. 95-100.

Harris D.J., O'Boyle M., Wabrick C., « Article 14 : Freedom from Discrimination in Respect of Protected Rights », in *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Butterworths, 1995, pp. 462-488.

Heringa A.W., « Standards of Review for Discrimination – The Scope of Review by the Courts », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 25-37.

Jacobs G. et White R., « Freedom from Discrimination », in *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 2^e éd., pp. 284-293.

Jouanjan O., « L'égalité », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Le dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp. 585-589.

Jouanjan O., « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, n° spécial (*Les droits fondamentaux*), 20 juillet – 20 août 1998, pp. 44-51.

Lambert P., « Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RTDH*, 1998, pp. 497-505.

Lawson E. (dir.), « Equality », in *Encyclopedia of Human Rights – Second Edition*, Londres, Taylor & Francis, 1996, pp. 440-454.

Lenaerts K. et Arts D., « La personne et le principe d'égalité en droit communautaire et dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », in *La personne humaine, sujet de droit*, actes des Quatrièmes Journées René Savatier (Poitiers, 25 et 26 mars 1993), Paris, PUF, 1994, pp. 101-134.

Lenaerts K., « L'égalité de traitement en droit communautaire – Un principe unique aux apparences multiples », *CDE* 1991, pp. 3-41.

Livingstone S., « Article 14 and the Prevention of Discrimination in the European Convention on Human Rights », *EHRLR* 1997, pp. 25-34.

Lochak D., « La notion de discrimination et sa place dans le droit international conventionnel et jurisprudentiel », in *Droits des personnes privées de leur liberté – Égalité et non-discrimination*, actes du 7^e colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme (Copenhague, Oslo, Lund, 30 mai-2 juin 1990), Strasbourg, Engel, 1994, pp. 145-155.

Loenen T., « Indirect Discrimination : Oscillating Between Containment and Revolution », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 195-211.

MacEwen M., « Comparative Non-Discrimination Law : an Overview », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 427-435.

Melchior M., « Le principe de non-discrimination dans la Convention européenne des droits de l'homme », in A. Alen et P. Lemmens (dir.), *Égalité et non-discrimination*, Anvers, Kluwer, 1991, pp. 3-31.

Nowak M., « Article 26, Equality », in *U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary*, Kehl/Strasbourg, Engel, 1993, pp. 458-479.

Opsahl T., « Equality before the Law, the European Convention and the International Covenant », in *International Human Rights in the Commonwealth Caribbean*, Dordrecht, Nijhoff, 1991, pp. 244-256.

Partsch K.J., « Discrimination against Individuals and Groups », in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, North-Holland, 1992, pp. 1079-1082.

Partsch K.J., « Discrimination », in R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (dir.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dodrecht, Nijhoff, 1993, pp. 571-592.

Picheral C., « Discrimination raciale et Convention européenne des droits de l'homme (l'apport de la jurisprudence) », *RTDH* 2001, n° 46 (numéro spécial : *Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie*), pp. 517-539.

Priso Essawe S.-J., « Les droits sociaux et l'égalité de traitement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – À propos des arrêts *Van Raalte c. les Pays-Bas* et *Petrovic c. l'Autriche* », *RTDH* 1998, pp. 721-736.

Rolland P. et Tavernier P., « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *JDI*.

Rolland P., « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? – Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme », in D. Rousseau et F. Sudre (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme – Droits et libertés en Europe*, Paris, STH, 1990, pp. 47-75.

Schokkenbroek J., « The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation », *HRLR* 1998, vol. 19, n° 1, pp. 20-23.

Sedler R.A., « The Role of "Intent" in Discrimination Analysis », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 91-103.

Selmi M., « Indirect Discrimination : a Perspective From the United States », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 213-222.

Sjerps I., « Effects and Justifications – Or how to Establish a Prima Facie Case of Indirect Sex Discrimination », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 237-247.

Soulier G., « Discrimination », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, pp. 184-186.

Sousse M., « Le principe de non-discrimination : les rapports entre le système européen de protection et le système français », *AJDA* 1999, pp. 985-991.

Sudre F., « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », chron., *JCP G*.

Sudre F., « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », *RTDH* 2003, pp. 755-779.

Sudre F., « La perméabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux », in *Pouvoir et Liberté – Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 467-478.

Sudre F., « La portée du droit à la non-discrimination : de l'avis d'Assemblée du Conseil d'État du 15 avril 1996, *Mme Doukouré*, à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche* », *RFDA* 1997, pp. 966-976.

Sudre F., « La protection des droits sociaux par la Convention européenne des droits de l'homme », in *Les nouveaux droits de l'homme en Europe – XIe congrès de l'Union des avocats européens* (29, 30 et 31 mai 1997, Palma de Majorque, Baléares), Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 103-126.

Van Drooghenbroeck S., « L'égalité entre étrangers dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue du droit des étrangers*, 1997, n° 92, pp. 3-18.

Verhoeven J., « L'arrêt du 23 juillet 1968 dans l'Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique », *Revue belge de droit international* 1970, pp. 353-382.

Thématique de la troisième partie

I. Ouvrages

Benoît-Rohmer F., *Les minorités, quels droits ?*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1999.

Calvès G., *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis – Le problème de la discrimination "positive"*, Paris, LGDJ, 1998.

Calvès G. (dir.), *Les politiques de discrimination positive*, Paris, La documentation française, coll. « Problèmes politiques et sociaux », n° 823, 1999.

Capitant D., *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, thèse de doctorat,

Paris, LGDJ, 2001.

Hepple B. et **Szyszczak E.M.** (dir.), *Discrimination : the Limits of Law*, London, Mansell, 1992.

Koubi G. et **Guglielmi G.J.** (dir.), *L'égalité des chances – Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000.

Lerner N., *Group Rights and Discrimination in International Law*, Dordrecht, Nijhoff, 1991.

Sasso L., *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux, étude comparée de droit allemand, européen et français*, thèse de doctorat, Université de Caen, ronéo., 1999.

Schutter (de) O., *Discriminations et marché du travail – Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Bruxelles, Presses interuniversitaires européennes/P. Lang, 2001.

II. Articles

Barnard C., « L'égalité des sexes dans l'Union européenne : un bilan », in Ph. Alston (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 219-289.

Beaud O., « L'Affirmative action aux États-Unis : une discrimination à rebours ? », *Revue internationale de droit comparé* 1984, pp. 503-521.

Bidet J., « Égalité des chances et principe de différence. Une réinterprétation », in G. Koubi et G.J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances – Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, pp. 51-67.

Borgetto M., « Équité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions », in G. Koubi et G.J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances – Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, pp. 115-138.

Browne K.R., « The Use and Abuse of Statistical Evidence in Discrimination Cases », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 411-423.

Bunch C., « Women's Rights as Human Rights : towards a Re-vision of Human Rights », *Human Rights Quarterly* 1990, vol. 12, p. 486.

Calvès G., « Pour une analyse (vraiment) critique de la discrimination positive », *Le débat* 2001, n° 117, pp. 163-174.

Charpentier L., « L'arrêt *Kalanke*, expression du discours dualiste de l'égalité », *RTDE* 1996, pp. 281-303.

Colin J.-P., « La femme dans tous ses droits : l'évolution de la protection internationale des droits de la femme », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, Presses universitaires de Grenoble, 1995, pp. 127-140.

Flauss J.-F., « Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme », in *Pouvoir et Liberté – Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 415-437.

Flauss J.-F., « L'action de l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie », *RTDH* 2001, n° 46 (numéro spécial : *Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie*), pp. 487-515.

Guglielmi G.J., « “Mérites, vertus et talents” : quelques constantes argumentatives au fondement du droit », in G. Koubi et G.J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances – Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, pp. 37-49.

Haquet A., « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *RTDE* 2001, pp. 305-333.

Heide L., « La lutte contre la discrimination selon le sexe au niveau supranational : l'égalité de rémunération et de traitement dans l'Union européenne », *Revue internationale du travail* (numéro spécial : *Femmes, genre et travail* [2^e partie]) 1999, vol. 38, n° 4, pp. 421-454.

Heppe B., « Égalité et renforcement du pouvoir d'action pour un travail décent », *Revue internationale du travail* 2001, vol. 140, n° 1, pp. 7-22.

Hodges-Aeberhard J., « L'action positive dans l'emploi : la jurisprudence récente face à une notion complexe », *Revue internationale du travail* 1999, vol. 138, n° 3, pp. 169-298.

Hucker J., « *Affirmative action* Canadian Style : Reflections on Canada's Employment Equity Law », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 265-277.

Jackson D.W., « *Affirmative action* in Comparative Perspective : India and the United States », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 249-263.

Koubi G., « Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? », in G. Koubi et G. J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances – Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La

Découverte, 2000, pp. 69-113.

Koukoulis-Spiliotopoulos S., « From Formal to Substantive Gender Equality – Are International and Community Law Converging ? », *REDP* 1999, vol. 11, n° 2 (n° spécial : *Le principe d'égalité*), pp. 515-564.

Le Pourhiet A.-M., « Deux conceptions du droit », *Le débat* 2001, n° 117, pp. 175-178.

Le Pourhiet A.-M., « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *Le débat* 2001, n° 114, pp. 166-177.

MacColgan A., « Principles of Equality and Protection from Discrimination in International Human Rights Law », *EHRLR* 2003, pp. 157-175.

Mélin-Soucramanien F., « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », *RFDA* 1997, pp. 906-925.

Mulder L., « How Positive Can Equality Measures Be ? », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 65-75.

O'Regan K., « Addressing the Legacy of the Past : Equality in the South African Constitution », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 14-23.

Parijs (van) P., « Quand les inégalités sont-elles justes ? », in *Conseil d'État – Rapport public 1996 : Le principe d'égalité*, Paris, La documentation française, pp. 465-474.

Poirmeur Y., « Le double jeu de la notion d'égalité des chances », in G. Koubi et G.J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances – Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, pp. 91-114.

Renauld B., « Les discriminations positives – plus ou moins d'égalité ? », *RTDH* 1997, pp. 425-460.

Rosenfeld M., « Les discriminations positives en droit constitutionnel américain », in *Mélanges Patrice Gélard – Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1999, pp. 459-466.

Sabbagh D., « Les politiques de discrimination positive et la théorie de la justice de John Rawls », *Droits* n° 29, 1999, pp. 177-194.

Sabbagh D., « L'affirmative action : effets symboliques et stratégies de présentation », in G.

Koubi et G.J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances – Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, pp. 157-172.

Schutter (de) O., « Égalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux États-Unis », *RTDH* 1991, pp. 347-368.

Spielmann D., « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 133-174.

Sudre F., « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln, Heymanns, 2000, pp. 1359-1377.

Sudre F., « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1995, pp. 363-384.

Vizkelety B., « Adverse Effect Discrimination in Canada : Crossing the Rubicon from Formal to Substantive Equality », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 223-236.

Wentholt K., « Formal and Substantive Equal Treatment : the Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality », in T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir.), *Non-Discrimination Law : Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer (Martinus Nijhoff), 1999, pp. 53-64.

Wright S., « Human Rights and Women's Rights : an Analysis of United Nations Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women », in P. et K.E. Mahoney (dir.), *Human Rights in the twenty-first Century, a Global Challenge*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, pp. 75-88.

Références jurisprudentielles

Jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale

Avis relatif à certaines questions touchant les colons d'origine allemande dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne, 10 septembre 1923, *Série B* n° 6.

Arrêt relatif à certains droits et intérêts allemands en Haute Silésie polonaise, 25 mai 1926, *Série A* n° 7.

Avis relatif au traitement des nationaux polonais dans le territoire de Dantzig, 4 février 1932, *Série A/B* n° 44.

Avis relatif aux écoles minoritaires en Albanie, 6 avril 1935, *Série A/B* n° 64.

Jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme

Stahl c. République fédérale d'Allemagne, 16 décembre 1955, req. n° 54/55, non publiée.

X. c. République fédérale d'Allemagne, 16 décembre 1955, req. n° 86/55, *Annuaire* n° 1, p. 198.

X. c. Danemark, 7 mars 1957, req. n° 238/56, *Annuaire* n° 1, p. 205.

X. c. République fédérale d'Allemagne, 7 juillet 1959, req. n° 436/58, *Annuaire* n° 2, p. 386.

Décision du 8 janvier 1960, req. n° 472/59, *Annuaire* n° 6, p. 212.

Décision du 31 mai 1960, req. n° 551/59, *Annuaire* n° 3, p. 252.

Gudmusson et société Tresmidjan Vidir c. République d'Islande, 20 décembre 1960, req. n° 511/59, *Annuaire* n° 3, p. 425.

Décision du 28 juillet 1961, req. n° 673/59, *Annuaire* n° 4, p. 292.

Isop c. République d'Autriche, 8 mars 1962, req. n° 808/60, *Annuaire* n° 5, p. 124.

Trunck c. RFA, 16 décembre 1963, req. n° 1167/67, *Annuaire* n° 6, p. 221.

Décision du 18 décembre 1963, req. n° 1452/62, *Annuaire* n° 6, p. 278.

Décision du 29 septembre 1964, req. n° 1842/63, non publiée.

Affaire linguistique belge, avis du 24 juin 1965, *Série B*, vol. I, p. 441.

Décision du 17 juillet 1965, req. n° 2333/64, *Annuaire* n° 8, p. 361.

Décision du 9 février 1966, req. n° 1821/63 et 1822/63, *Annuaire* n° 9, p. 215.

Décision du 8 octobre 1966, req. n° 8493/79, *Annuaire* n° 25, p. 212.

Grandath c. République Fédérale d'Allemagne, rapport du 12 décembre 1966, req. n° 2299/64.

Décision du 15 décembre 1966, req. n° 3325/67, *Annuaire* n° 10, p. 529.

X. c. Autriche, 15 décembre 1967, req. n° 2765/66, *Annuaire* n° 10, p. 418.

Agee c. Royaume-Uni, 17 décembre 1967, req. n° 7729/76, *D&R* n° 7, p. 176.

X. c. Belgique, 3 février 1970, req. n° 4072/69, *D&R* n° 32, p. 80.

Décision du 30 mai 1975, req. n° 6745/74 et 6746/74, *D&R* n° 2, p. 110.

Luedicke c. République fédérale d'Allemagne, 11 mars 1976, req. n° 6210/73, *D&R* n° 4, p. 200.

Décision du 15 décembre 1977, req. n° 7229/73, non publiée.

Décision du 9 juillet 1980, req. n° 8282/78, *D&R* n° 21.

Décision du 9 décembre 1980, req. n° 8874/80, non publiée.

Décision du 12 décembre 1981, req. n° 9504/81, non publiée.

X. et Y. c. Pays-Bas, 17 décembre 1981, req. n° 8978/80, *D&R* n° 27.

Décision du 6 juillet 1982, req. n° 9285/81, *D&R* n° 29, p. 205.

Rapport du 4 octobre 1983, req. n° 8007/77, *D&R* n° 72, p. 5.

Décision du 6 mai 1985, req. n° 10914/84, non publiée.

Décision du 8 mai 1985, req. n° 10901/84, non publiée.

Clerfay, Legros et autres c. Belgique, 17 mai 1985, req. n° 10650/83, p. 212.

Décision du 1^{er} juillet 1985, req. n° 11278/84, *D&R* n° 43, p. 216.

Décision du 1^{er} novembre 1986, req. n° 11949/86, *D&R* n° 51, p. 195.

Angeleni c. Suède, 3 décembre 1986, req. n° 10491/83, *D&R* n° 51, p. 41.

Lithgow et autres c. Royaume-Uni, rapport du 7 mars 1987, req. n° 9006/80 et autres.

Décision du 8 septembre 1988, req. n° 13654/88, *D&R* n° 57, p. 287.

Décision du 7 octobre 1988, req. n° 12740/87.

Décision du 6 janvier 1992, req. n° 14501/89, *D&R* n° 72, p. 118.

Décision du 20 octobre 1994, req. n° 23241/94, *D&R* n° 79, p. 121.

Décision du 2 septembre 1996, req. n° 30913/96, *D&R* n° 86, p. 176.

Stewart-Brady c. Royaume-Uni, 2 juillet 1997, req. n° 27436/95 et 28406/95, *D&R* n° 90.

Quarante huit tziganes kaldéras c. République Fédérale d'Allemagne et Pays-bas, 6 juillet 1997, *D&R* n° 11.

Thlimmenos c. Grèce, 4 décembre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-IV, pp. 324-337.

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Les arrêts signalés par une astérisque sont ceux dans lesquels la Cour a constaté la violation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

A. c. Royaume-Uni, 17 décembre 2002.

Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, 28 mai 1985. *

Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique, 23 juillet 1968, Série A n° 6, p. 34. *

Airey c. Irlande, 9 octobre 1979.

Association Ekin c. France, 17 juillet 2001.

Beldjoudi c. France, 26 mars 1992.

Belilos c. Suisse, 29 avril 1988.

Beyeler c. Italie, 5 janvier 2000.

Bezicheri c. Italie, 25 octobre 1989.

Botta c. Italie, 24 février 1998.

Buchen c. République tchèque, 26 novembre 2002. *

Burghartz c. Suisse, 22 février 1994. *

C. c. Belgique, 7 août 1996.

Caballero c. Royaume-Uni, 8 février 2000.

Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France, 27 juin 2000.

Chassagnou et autres c. France, 29 avril 1999. *

Coster c. Royaume-Uni, 18 janvier 2001.

Darby c. Suède, 23 octobre 1990. *

De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, 18 juin 1971.

Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981.

E. c. Norvège, 29 août 1990.

Éditions Périscope c. France, 26 mars 1992.

Église catholique de La Canée c. Grèce, 16 décembre 1997. *

Fogarty c. Royaume-Uni, 21 novembre 2001.

Fredin c. Suède, 18 février 1991.

Fretté c. France, 26 février 2002.

Gaygusuz c. Autriche, 16 septembre 1996. *

Gerber c. Turquie, 8 juillet 1999.

Gillow c. Royaume-Uni, 24 novembre 1986.

Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italie, 2 août 2001.

Gül c. Suisse, 19 février 1996.

Hoffmann c. Allemagne, 11 octobre 2001. *

Hoffmann c. Autriche, 23 juin 1993. *

Hussain c. Royaume-Uni, 21 février 1996.

Informationsverein Lentia et autres c. Autriche, 24 novembre 1993.

Inze c. Autriche, 28 octobre 1987. *

James et autres c. Royaume-Uni, 21 février 1986.

Johnston et autres c. Irlande, 18 décembre 1986.

Jong, Baljet et van der Brink c. Pays-Bas, 22 mai 1984.

Kamasinski c. Autriche, 19 décembre 1989.

Karlheinz Schmidt c. Allemagne, 18 juillet 1994. *

Karner c. Autriche, 24 juillet 2003.

Keegan c. Irlande, 26 mai 1994.

Koua Poirrez c. France, 30 septembre 2003.

L. et V. c. Autriche, 9 janvier 2003. *

Les Saints Monastères c. Grèce, 9 décembre 1994.

Lithgow et autres c. Royaume-Uni, 8 juillet 1986.

Loizidou c. Turquie, 18 décembre 1996.

Lopez Ostra c. Espagne, 9 décembre 1994.

Marckx c. Belgique, 13 juin 1979. *

Mathieu-Mohin et Clerfayt, 2 mars 1987

Matos e Silva, Lda et autres c. Portugal, 16 septembre 1996.

Mazurek c. France, 1^{er} février 2000. *

McShane c. Royaume-Uni, 28 mai 2002.

Monnell et Moris c. Royaume-Uni, 2 mars 1987.

Moustaquim c. Belgique, 18 février 1991.

National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society c. Royaume-Uni, 23 octobre 1997.

Obermeier c. Autriche, 28 juin 1990.

Observer et Guardian c. Royaume-Uni, 26 novembre 1991.

Odièvre c. France, 13 février 2003.

P. M. c. Italie, 11 janvier 2001.

Palumbo c. Italie, 30 novembre 2000.

Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie, 30 janvier 1998.

Parti de la liberté et de la démocratie (ÖZDEP) c. Turquie, 8 décembre 1999.

Parti socialiste unifié et autres c. Turquie, 25 mai 1998.

Petrovic c. Autriche, 28 mars 1998.

Philis c. Grèce, 27 août 1991.

Piermont c. France, 27 avril 1995.

Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande, 29 novembre 1991. *

Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche, 21 juin 1988.

Powell et Rayner c. Royaume-Uni, 21 février 1990.

Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne, 12 juillet 2001.

Procola c. Luxembourg, 28 septembre 1995.

Rasmussen c. Danemark, 28 novembre 1984.

Refah Partisi (Parti de la prospérité), Erbakan, Kazan et Tekdal c. Turquie, 31 juillet 2001.

S. L. c. Autriche, 9 janvier 2003. *

Sahin c. Allemagne, 8 juillet 2003. *

Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, 21 décembre 1999. *

Schmidt et Dahlström c. Suède, 6 février 1976.

Schuler-Zraggen c. Suisse, 24 juin 1993. *

Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni, 30 juillet 1998.

Sommerfeld c. Allemagne, 8 juillet 2003. *

Spadea et Scalabrino c. Italie, 28 septembre 1994.

Sterjna c. Finlande, 25 novembre 1994.

Stubbings et autres c. Royaume-Uni, 22 octobre 1996.

Sunday Times c. Royaume-Uni, 26 avril 1979.

Syndicat national de la police belge c. Belgique, 27 octobre 1975.

Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède, 6 février 1976.

Thlimmenos c. Grèce, 6 avril 2000. *

Tyrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978.

Van der Musselle c. Belgique, 23 novembre 1983.

Van Raalte c. Pays-Bas, 21 février 1997. *

Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs und Gubi c. Autriche, 19 décembre 1994.

Vermeire c. Belgique, 29 novembre 1991. *

VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse, 28 juin 2001.

Wessels-Bergervoet c. Pays-Bas, 4 juin 2002. *

Willis c. Royaume-Uni, 11 juin 2002. *

X. et Y. c. Pays-Bas, 26 mars 1985.

Young, James et Webster c. Royaume-Uni, 13 août 1981.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction générale	13
Section 1. La déconstruction du problème de l'égalité.....	15
§ 1. Le constat d'un problème majeur : des contradictions non résolues.....	16
A. Des descriptions de l'égalité souvent discontinues ou contradictoires.....	16
B. L'exemple du schisme entre égalité et non-discrimination	18
§ 2. Origine du problème : le caractère à la fois formel et paradoxal de l'égalité	20
A. La "formalité" de l'égalité	21
B. Le paradoxe de l'égalité	22
Section 2. La reconstruction du problème de l'égalité	24
§ 1. Indications d'ordre sémantique : l'identique et le différent, la discrimination et la non-discrimination, l'égal et l'inégal	24
§ 2. Indications d'ordre méthodique : les fondations avant les murs et les murs avant la toiture.....	26
Première partie La définition fondamentale du principe d'égalité	33
Titre 1. Le fondement historique du principe d'égalité	35
Chapitre 1. L'histoire de l'égalité dans l'ordre juridique interne	37
Section 1. Les apports fondateurs du modèle classique.....	38
§ 1. Le champ fondateur de l'égalité : l'universalité des personnes	39
A. Une égalité personnelle : une égalité entre individus.....	39
B. Une égalité universelle : une égalité entre tous les individus.....	42
§ 2. L'obligation fondatrice de l'égalité : l'universalité du traitement	43
A. L'universalité des droits : des droits universellement identiques.....	43
B. L'universalité de la loi : une loi universellement identique	44
§ 3. Conclusion sur le moment classique de l'égalité : le moment où l'identique exclut le différent.....	47
Section 2. Les impasses des modèles restrictifs	48
§ 1. L'impasse de l'égalité dans la seule application de la loi	49
§ 2. L'impasse de l'égalité dans la seule généralité de la loi	53
§ 3. Conclusion sur le moment restrictif de l'égalité : le moment où l'identique se fait déborder par le différent	54
Section 3. Le tournant du modèle contemporain	56
§ 1. L'amorce du tournant contemporain sur le continent américain.....	57
§ 2. L'amorce du tournant contemporain sur le continent européen.....	58
§ 3. Conclusion sur le modèle contemporain : le moment où l'identique maîtrise le différent	60
Conclusion du chapitre 1. Conclusion sur l'histoire de l'égalité dans l'ordre juridique interne.....	60
Chapitre 2. L'histoire de l'égalité dans l'ordre juridique international	63
Section 1. La réception de l'égalité par les traités de protection des minorités (1815-1945)	63
§ 1. Le contexte hostile de la réception : la conception classique du droit international	64
A. La coutume triomphante de l'égalité étatique : une égalité d'États-nations.....	65

B. L'introuvable coutume d'une égalité individuelle : la différenciation entre nationaux et étrangers	68
§ 2. Le contenu de la réception : la protection duale de l'égalité de traitement dans les traités de protection des minorités	71
A. L'apparition de clauses spéciales d'égalité de traitement en matière religieuse dans les grands Congrès du XIXe siècle.....	71
1. L'élargissement progressif du champ d'application de l'égalité religieuse	72
2. Les limites à l'élargissement de la clause d'égalité religieuse : les enseignements de l'échec de la protection des Juifs de Roumanie.....	76
B. L'apparition de clauses générales ou quasi-générales d'égalité de traitement dans les traités de minorités du début du XXe siècle (1918-1920).....	78
1. Un élargissement décisif du champ d'application de l'égalité par les traités de minorités... ..	79
2. Un changement décisif de la signification du contenu de l'obligation d'égalité donnée par la Cour permanente de justice internationale.....	81
§ 3. Conclusion sur la réception de l'égalité par les traités de protection de minorités de 1815 à 1945 : extension et dualité de la protection de l'égalité	86
Section 2. La réception de l'égalité par les traités de protection des droits de l'homme (à partir de 1945)	88
§ 1. Le contexte nouveau de la réception : l'universalisme de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.....	89
A. La pluralité des fondements textuels à l'universalisme <i>ratione personae</i> de l'égalité : les articles 1, 2 et 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme	90
B. Le fondement textuel unique à l'universalisme <i>ratione materiae</i> de l'égalité : l'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.....	93
§ 2. La réception en deux temps par la Convention européenne des droits de l'homme	95
A. L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 : une égalité partiellement générale	95
1. La filiation avec le modèle de l'article 2 de la Déclaration universelle	95
2. Le rejet du modèle de l'article 7 de la Déclaration universelle.....	100
a. La résistance de l'égalité devant la loi à l'égard des étrangers.....	101
b. La résistance de l'égalité devant la loi à l'égard de la différence de traitement.....	102
B. L'article premier du Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme : une égalité entièrement générale	105
1. La tardive rédaction du Protocole n° 12 : une généralisation longtemps repoussée	105
a. Le refus jusque dans les années 1990 : une généralisation redoutée	105
b. Le tournant des années 1990 : un contexte favorable à la généralisation.....	113
2. La difficile rédaction du Protocole n° 12 : une généralisation encore confusément interprétée	121
a. Le constat d'une discordance radicale quant à l'interprétation de l'égalité	122
b. Le constat critique du refoulement littéral du terme d' "égalité"	126
§ 3. Conclusion sur la réception de l'égalité par les traités de protection des droits de l'homme : l'universalisation et la maturation de la protection de l'égalité.....	128

Conclusion du chapitre 2. Conclusion sur l'histoire de l'égalité dans l'ordre juridique international...	130
Conclusion du titre 1. Conclusion sur l'histoire du principe d'égalité dans l'ordre juridique interne et international	135
Titre 2. Le fondement théorique du principe d'égalité.....	137
Chapitre 1. L'unité dialectique du principe d'égalité.....	141
Section 1. Le moment universel-abstrait du principe d'égalité	141
§ 1. Le moment de l'identité universelle : toutes les personnes sont identiques.....	142
§ 2. Le moment de la différence universelle : toutes les personnes sont différentes.....	148
Section 2. Le moment universel-concret du principe d'égalité	152
§ 1. L'objectivité comparée du traitement	155
§ 2. La raisonnable ou la non-disproportion comparée du traitement	160
Chapitre 2. L'unité systémique du principe d'égalité.....	165
Section 1. L'invariabilité de la logique d'égalité : la nature du rapport d'égalité est immuable	165
Section 2. La variabilité de la rigueur de l'égalité : la rigueur du rapport d'égalité peut changer.....	168
Conclusion du titre 2. Conclusion sur le fondement théorique du principe d'égalité.....	173
Conclusion de la première partie	177
Deuxième partie La définition jurisprudentielle du principe d'égalité.....	181
Titre 1. Le champ d'application du principe d'égalité	183
Chapitre 1. Le champ d'application <i>ratione personae</i>	187
Section 1. Les personnes nationales comme les personnes étrangères	187
Section 2. Les personnes physiques comme les personnes morales.....	189
Chapitre 2. Le champ d'application <i>ratione materiae</i>	201
Sous-Chapitre 1. Le champ d'application matériel de l'article 14	203
Section liminaire. L'exposé du problème de l'applicabilité de l'article 14	203
§ 1. Le problème du départ entre les diverses considérations de fond et de procédure.....	204
§ 2. La présentation du problème sous l'angle des considérations de procédure.....	208
§ 3. La présentation du problème sous l'angle des considérations de fond.....	212
Section 1. Le champ matériel non couvert par l'article 14	216
§ 1. L'inapplicabilité de l'article 14 aux droits échappant, de façon générale, au champ de la Convention : les droits non garantis.....	216
§ 2. L'inapplicabilité de l'article 14 aux droits échappant, de façon spéciale, au champ de la Convention : les droits "réservés".....	218
Section 2. Le champ matériel couvert par l'article 14	221
§ 1. L'applicabilité de l'article 14 aux droits formellement reconnus par la Convention	222
A. L'applicabilité de l'article 14 à la suite d'une interprétation extensive des droits reconnus	223
B. L'applicabilité de l'article 14 aux restrictions des droits reconnus	226
§ 2. L'applicabilité de l'article 14 à des droits simplement contigus à la Convention.....	228
A. L'applicabilité de l'article 14 à des droits clairement contigus.....	231
B. L'applicabilité de l'article 14 à des droits dont le statut est ambigu.....	239
Sous-Chapitre 2. Le champ d'application matériel de l'article 1er du Protocole n° 12.....	244

Section 1. L'applicabilité de l'article 1er du Protocole n° 12 à tous les actes de la puissance publique	246
Section 2. L'applicabilité de l'article 1er du Protocole n° 12 aux seuls actes de la puissance publique ?	250
Conclusion du titre 1. Conclusion sur le champ d'application du principe d'égalité.....	253
Titre 2. L'obligation posée par le principe d'égalité.....	255
Chapitre 1. Les formulations jurisprudentielles de l'obligation posée par le principe d'égalité	257
Section 1. L'exposé des énoncés jurisprudentiels de l'obligation de non-discrimination	258
§ 1. L'arrêt relatif à « <i>certain aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique</i> » du 23 juillet 1968.....	258
A. Le cas d'espèce de l' <i>Affaire linguistique belge</i> sous l'angle de l'obligation de non-discrimination	260
1. Les faits de l'espèce	260
2. La solution d'espèce	261
B. La définition de principe de l'obligation de non-discrimination dans l' <i>Affaire linguistique belge</i>	267
§ 2. L'arrêt <i>Thlimmenos c. Grèce</i> du 6 avril 2000.....	274
A. Le cas d'espèce de l'arrêt <i>Thlimmenos</i> sous l'angle de l'obligation de non-discrimination ...	276
1. Les faits de l'espèce	276
2. La solution d'espèce	277
B. La définition de principe de l'obligation de non-discrimination dans l'arrêt <i>Thlimmenos</i>	278
Section 2. L'appréciation critique des énoncés jurisprudentiels de l'obligation de non-discrimination	281
§ 1. Appréciation critique de la référence à des « situations comparables » ou « analogues ».....	283
A. Un usage non maîtrisé de la référence à des « situations comparables » ou « analogues »	284
1. Un usage qui procède à des amalgames.....	284
2. Un usage qui occasionne des contradictions.....	288
B. La référence à des « situations analogues » ne peut avoir d'autre fonction que celle de constituer un moyen d'économie procédurale	290
1. La fonction remplie par la condition relative à des « situations analogues » : l'exigence d'un grief suffisamment pertinent.....	290
2. La nécessité de la justesse de la formulation relative à des « situations comparables » : l'exigence de "situations utilement comparables"	293
§ 2. Appréciation critique de la référence au « but légitime poursuivi »	294
A. Un usage non maîtrisé de la référence « but légitime poursuivi »	295
1. Un usage qui procède à des amalgames.....	295
2. Un usage qui occasionne des contradictions.....	297
B. La référence au « but légitime poursuivi » ne peut avoir d'autre fonction que celle de procurer au jugement d'égalité un point de perspective.....	298
1. La fonction remplie par la mention du but visé : fournir un point de perspective permettant la comparaison.....	299
2. La fonction remplie par la mention de la légitimité du but visé : inscrire la comparaison dans une perspective libérale.....	301

§ 3. Appréciation critique de la référence à un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »	303
A. Un usage non maîtrisé de la référence au « rapport raisonnable de proportionnalité ».....	304
1. Un usage qui procède d'un amalgame	304
2. Un usage qui fonctionne par approximations.....	307
B. La référence à « un rapport raisonnable de proportionnalité » ne peut avoir d'autre signification que celle de qualifier l'ampleur d'une différence de traitement	309
Conclusion du chapitre 1. Conclusion sur les formulations jurisprudentielles de l'obligation de non-discrimination.....	310
Chapitre 2. L'application jurisprudentielle de l'obligation posée par le principe d'égalité	313
Section 1. L'obligation d'objectivité	314
§ 1. La phase préparatoire à l'évaluation de l'objectivité d'un traitement : l'établissement du point de vue à partir duquel apprécier l'objectivité d'un traitement.....	315
A. Le but légitime poursuivi par la loi adoptée par l'État contractant renferme une valeur qui constitue le point de vue prépondérant à partir duquel apprécier l'existence, ou non, d'une discrimination directe.....	316
B. Les droits et libertés consacrés par la Convention européenne renferment des valeurs qui constituent le point de vue complémentaire permettant d'apprécier l'existence, ou non, d'une discrimination indirecte	322
§ 2. La phase d'évaluation de l'objectivité d'un traitement : l'exigence d'une correspondance rationnelle entre un traitement et une situation.....	329
A. L'exigence d'une adéquation entre les effets directs d'un acte étatique et la réalité des circonstances individuelles	331
B. L'exigence d'une adéquation entre les effets indirects d'un acte étatique et la réalité des circonstances individuelles	335
Section 2. L'obligation de raisonabilité.....	345
§ 1. L'interdiction d'une différence disproportionnée (ou déraisonnable) de traitement dans les effets directs d'un acte étatique	346
§ 2. L'interdiction d'une différence disproportionnée (ou déraisonnable) de traitement dans les effets indirects d'un acte étatique.....	353
Conclusion du Chapitre 2. Conclusion sur l'application jurisprudentielle de l'obligation de non-discrimination.....	356
Conclusion du titre 2. Conclusion sur l'obligation posée par le principe d'égalité.....	361
Conclusion de la deuxième partie	363

Troisième partie La définition du principe d'égalité à l'épreuve de la recherche d'une égalité plus effective.....367

Titre 1. Le principe d'égalité et la notion d'obligation positive	369
Chapitre liminaire. Les obligations positives dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme	373
Section 1. Le contexte de l'émergence des obligations positives : l'avènement de l'État-providence..	373
Section 2. La définition de la notion d'obligation "positive" : éléments de systématisation.....	376

§ 1. Proposition d'une définition globale : une obligation de légiférer pour améliorer l'effectivité des droits.....	376
§ 2. Suggestion d'une approche topique : une obligation de légiférer conditionnée par la spécificité de chaque droit	379
Chapitre 1. L'article 14 de la Convention et l'article 1er du Protocole n° 12 pourraient-ils induire des obligations positives aux fins d'une égalité plus effective ?.....	385
Section 1. La transposition de la notion d'obligation positive dans le cadre de l'article 14 de la Convention ou de l'article 1er du Protocole n° 12 soulèverait des problèmes considérables	385
§ 1. Le problème du changement radical de la nature du champ d'application de la clause d'égalité	386
A. La nature actuelle du champ d'application de la clause d'égalité : des intérêts relevant de la sphère publique.....	386
B. L'hypothèse d'une nature inédite du champ d'application de la clause d'égalité : des intérêts relevant de la sphère privée	387
§ 2. Le problème du changement radical de la nature du contenu de l'obligation d'égalité.....	391
A. La nature actuelle du contenu de l'obligation d'égalité : une obligation pesant sur les modalités de l'action publique	391
B. L'hypothèse d'une nature inédite du contenu de l'obligation d'égalité : une obligation à l'action publique	394
Section 2. La capacité de l'article 14 de la Convention et de l'article 1er du Protocole n° 12 à être interprétés comme générant des obligations positives butte sur des obstacles considérables	396
§ 1. Une interprétation grammaticale et génétique très peu favorable à la reconnaissance d'obligations positives.....	396
A. Un refus évident de mettre à la charge de l'État des obligations visant à remédier à des inégalités de fait.....	397
B. Un refus moins évident de mettre à la charge de l'État des obligations visant à éviter certaines inégalités dans les relations de droit privé	399
§ 2. Une interprétation systématique et téléologique très peu favorable à la reconnaissance d'obligations positives.....	401
A. Une interprétation attentive à la spécificité de l'instrument juridique que constitue la Convention européenne des droits de l'homme.....	401
B. Une interprétation attentive à la spécificité des autres instruments juridiques internationaux de droits de l'homme en matière d'égalité	407
Chapitre 2. Le légitime renvoi des obligations positives en matière d'égalité vers des instruments internationaux <i>ad hoc</i> : l'exemple des obligations positives pour l'amélioration de l'égalité entre les hommes et les femmes	411
Section 1. La prédétermination exacte des domaines de progression de l'égalité des sexes.....	413
§ 1. Le consentement de l'État aux domaines dans lesquels l'égalité doit progresser.....	414
§ 2. Une illustration de la diversité des domaines dans lesquels l'égalité doit progresser.....	416
Section 2. La prédétermination exacte de la nature de l'obligation pour la progression de l'égalité des sexes.....	422
§ 1. Le consentement de l'État à une obligation dont l'intensité normative est atténuée	422

§ 2. Une illustration de la diversité et de la liberté des moyens de l'amélioration de l'égalité des sexes	424
A. Les mesures engageant frontalement une liberté économique : le choix entre des mesures qui instaurent, ou non, des discriminations positives.....	425
B. Les mesures qui n'engagent pas frontalement une liberté économique : des mesures hétéroclites qui, en toute hypothèse, ne sont pas des discriminations positives.....	429
Conclusion du titre 1. Conclusion sur le principe d'égalité et la notion d'obligation positive.....	433
Titre 2. Le principe d'égalité et la notion de discrimination positive	435
Chapitre 1. La description du phénomène de la discrimination positive à partir d'une compréhension pratique de l'égalité.....	439
Section 1. L'exemple des législations nationales en cause dans les arrêts <i>Kalanke</i> et <i>Marschall</i> de la Cour de justice des Communautés européennes.....	439
§ 1. L'attente d'un examen par la Cour européenne des droits de l'homme de pratiques législatives établissant des discriminations positives	440
§ 2. Les enseignements de l'examen par la Cour de justice des communautés européennes de pratiques législatives établissant des discriminations positives	442
Section 2. Une législation qui poursuit une finalité duale	443
§ 1. Une finalité poursuivie de manière médiate	444
§ 2. Une finalité poursuivie de manière immédiate	446
Section 3. Une législation qui opère une distinction efficiente unique.....	448
§ 1. Une distinction qui possède un fondement objectif au regard de la finalité médiatement poursuivie	449
§ 2. Une distinction qui manque de fondement objectif au regard de la finalité immédiatement poursuivie	450
Chapitre 2. La circonscription du phénomène de la discrimination positive à partir d'une compréhension théorique de l'égalité.....	455
Section 1. L'intangibilité de l'égalité en question : le principe d'égalité peut-il accepter d'être suspendu au nom d'une égalité plus effective ?	458
Section 2. L'intangibilité, au sein de l'égalité, de la priorité axiologique de l'identité sur la différence : l'impossibilité de suspendre l'égalité dans le domaine des libertés fondamentales	461
Section 3. L'intangibilité, au sein de l'égalité, de la priorité axiologique de la différence singulière sur la différence groupale : l'impossibilité de suspendre excessivement l'égalité, même dans le domaine des libertés économiques	462
Conclusion titre 2. Conclusion sur le principe d'égalité et la notion de discrimination positive	471
Conclusion de la troisième partie.....	473
Conclusion générale.....	475