

FACULTÉ DE DROIT DE
L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN



**Commentaire de l'article 26 du
Pacte international relatif aux droits civils et politiques**

par Olivier DE SCHUTTER

15 janvier 2007

Olivier De Schutter est professeur à l'UCL où il est membre du Centre de Philosophie du Droit (CPDR), et professeur au Collège d'Europe (Natolin). Email : deschutter@cpdr.ucl.ac.be. Ce commentaire est à paraître dans le commentaire article par article du Pacte international relatif aux droits civils et politiques que coordonne le professeur Emmanuel Decaux, de l'Université de Paris II-Assas, membre de la Sous-Commission des Nations Unies pour la promotion et la protection des droits de l'homme.

Article 26 : Egalité et non-discrimination

Article 26

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

Construite sur les ruines de la deuxième guerre mondiale, provoquée largement par la propagation d'une idéologie et d'une pratique fondée sur l'inégalité des races, l'Organisation des Nations Unies a placé la lutte contre la discrimination au coeur de ses activités dans le domaine des droits de l'homme. Dès son article 1er, la Charte des Nations Unies fait figurer parmi les buts de l'Organisation celui de "réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinctions de race, ce sexe, de langue ou de religion".¹ La Charte confie encore à l'Assemblée générale des Nations Unies la mission de provoquer des études et faire des recommandations en vue notamment de "faciliter pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion, la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales" (article 13). Le droit à la non-discrimination dans la jouissance des droits de l'homme partage ainsi avec le droit à l'auto-détermination des peuples le privilège de figurer inscrit dans la Charte des Nations Unies elle-même, et de n'être pas seulement le résultat des travaux conduits ultérieurement au sein de l'Organisation. L'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948,² vient le consacrer dans ces termes³ :

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.

Compte tenu de l'ampleur des discussions ayant suivi l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme pour conduire, le 16 décembre 1966, à l'adoption des deux pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, il est remarquable que la formulation figurant à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques se trouve, en définitive, assez proche de celle de l'article 7 de la Déclaration. Cette proximité est d'autant plus étonnante que les débats ayant conduit à l'adoption de l'article 26 du Pacte se caractérisent par de nombreuses confusions conceptuelles, volontairement entretenues ou non, ce qui peut expliquer la vigueur des controverses auxquelles a donné lieu, par la suite, l'interprétation de cette disposition.⁴

¹ Voy. également l'article 55, figurant dans le chapitre IX consacré à la coopération économique et sociale internationale, qui fixe comme un des buts de celle-ci "le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion".

² Rés. 217A (III) de l'A.G.N.U., 10 décembre 1948.

³ Sur cette disposition, voy. Phédéon Vegleris, "Le principe d'égalité dans la Déclaration universelle et dans la Convention européenne des droits de l'homme", *Miscellanea W.J. Ganhof van der Meersch*, Bruxelles, Bruylant, 1972, t. I, pp. 565-588.

⁴ Pour des commentaires généraux sur cette disposition, en complément des passages qui y sont consacrés dans les ouvrages généraux portant sur le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, voy. Lord Lester of Herne QC & Sarah Joseph, "Obligations of Non-Discrimination", in D. Harris & S. Joseph (eds.), *The International Covenant on Civil and Political Rights and United Kingdom Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 563 ss.; Torkel Opsahl, "Equality in Human Rights Law. With Particular Reference to Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights", in *Festschrift für Felix Ermacora: Fortschritt im Bewußtsein der Grund- und Menschenrechte*, Kehl am Rhein, Engel Verlag, 1988, pp. 51-65; Bertrand Ramcharan, "Equality and Non-discrimination", in Louis Henkin (éd.), *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, New York, Columbia Univ. Press, 1981, pp. 246-268; Frédéric Sudre, "Le droit à la non-discrimination dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies", in Frédéric Sudre (éd.), *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Les constatations*

Au lieu de constituer un outil d'éclaircissement, l'insistance répétée au sein du Pacte sur l'exigence de non-discrimination a encore contribué à accentuer la confusion. Deux dispositions du Pacte évoquant l'interdiction de la discrimination figurent au sein de la deuxième partie (articles 2 à 5), qui regroupe les droits à vocation transversale, s'appliquant à l'ensemble des dispositions matérielles que contient sa troisième partie (articles 6 à 27). L'article 2 § 1er énonce que "Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, 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". L'article 3 prévoit que "Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent Pacte".

Au sein des droits figurant dans la troisième partie du Pacte, qui contient le catalogue des dispositions substantielles, le thème de la non-discrimination apparaît encore comme une préoccupation permanente. La première phrase de l'article 14 § 1er dit que "Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice". Aux termes de l'article 24 § 1er, "Tout enfant, sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'origine nationale ou sociale, la fortune ou la naissance, a droit, de la part de sa famille, de la société et de l'Etat, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur". L'article 25 prévoit que "Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables", de prendre part à la direction des affaires publiques, de voter et d'être élu, ou d'accéder, "dans des conditions générales d'égalité", aux fonctions publiques de son pays.

Cette redondance témoigne d'abord de l'importance que les rédacteurs du Pacte voulaient accorder à l'exigence de non-discrimination. Mais elle a également été la source de difficultés dans l'interprétation des exigences de l'article 26 du Pacte. On a parfois voulu méconnaître l'autonomie de cette disposition en procédant par des arguments par analogie ou *a contrario*, au départ non seulement des autres dispositions du pacte qui contiennent une exigence de non-discrimination, mais également en invoquant la présence, dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, d'une clause interdisant toute discrimination dans la jouissance des droits qui s'y trouvent reconnus.⁵ Le paragraphe suivant se penche sur la question du champ d'application de l'article 26 du Pacte, à propos de laquelle ces arguments ont plus particulièrement été avancés (I.). Ensuite, l'on examine la conception qu'a le Comité des droits de l'homme de l'exigence de non-discrimination, à travers les quatre garanties distinctes qui figurent dans l'article 26 (II.). Finalement, certains motifs de discrimination appellent un commentaire particulier, à la lumière de la jurisprudence du Comité (III.).

I – Le champ d'application de l'article 26 du Pacte

A – L'indépendance de la garantie de l'article 26 du Pacte

Dans son Observation générale n°18 (1989), qu'il a consacrée à la non-discrimination, le Comité des droits de l'homme confirme que l'article 26 du Pacte ne se borne pas à interdire la discrimination dans la jouissance des droits reconnus par le Pacte, mais constitue une clause indépendante, formulant un droit général à la non-discrimination dans tout domaine de la vie sociale. Cette disposition

individuelles, Montpellier, IDEDH, 1995, pp. 32-60 ; Wouter Vandenhoele, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005, 293 pp.

⁵ Dans l'article 2 § 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, les Etats parties "s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation". En outre, l'article 3 du même pacte énonce que "Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal qu'ont l'homme et la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels qui sont énumérés dans le présent Pacte." Ces dispositions correspondent aux articles 2 § 1er et 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

ne reprend pas simplement la garantie déjà énoncée à l'article 2, mais prévoit par lui-même un droit autonome. Il interdit toute discrimination en droit ou en fait dans tout domaine réglementé et protégé par les pouvoirs publics. L'article 26 est par conséquent lié aux obligations qui sont imposées aux États parties en ce qui concerne leur législation et l'application de celle-ci. Ainsi, lorsqu'un État partie adopte un texte législatif, il doit, conformément à l'article 26, faire en sorte que son contenu ne soit pas discriminatoire. En d'autres termes, l'application du principe de non-discrimination énoncé à l'article 26 n'est pas limitée aux droits stipulés dans le Pacte.⁶

Le qualificatif d'“autonome” auquel recourt le Comité des droits de l'homme s'entend ici au sens où l'article 26 du Pacte ne requiert pas d'être combiné avec une autre disposition de cet instrument pour pouvoir être invocable. Dans la terminologie à laquelle recourt la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme,⁷ le caractère ‘autonome’ de la clause de non-discrimination (figurant à l'article 14 de la Convention) s'entend autrement : elle signifie plus modestement que cette disposition peut être violée, même si aucune autre disposition (substantielle) de la Convention n'a fait l'objet d'une violation. Conformément à sa lettre,⁸ l'article 14 de la Convention n'en est pas moins dépourvu d'une existence “indépendante”, c'est-à-dire qu'il ne peut être invoqué que combiné à une autre disposition de cet instrument. Ainsi dans l'*affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, où s'était posée notamment la question de l'exclusion des enfants francophones, en raison de leur lieu de résidence, des écoles subsidiées par l'État dans la périphérie de Bruxelles, la Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle considéré que même en l'absence de violation de l'article 2 du premier Protocole additionnel, l'article 14 de la Convention pouvait être violé en combinaison avec cette disposition : “Si cette garantie n'a pas (...) d'existence indépendante en ce sens qu'elle vise uniquement, 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 en caractère discriminatoire (...). Tout se passe comme si [l'article 14] faisait partie intégrante de chacun des articles consacrant des droits et libertés”.⁹ Dans l'*affaire Karakurt c. Autriche*¹⁰, l'auteur de la communication avait échoué devant la Commission européenne des droits de l'homme à laquelle il avait d'abord présenté une requête alléguant l'existence d'une discrimination, avant de se tourner vers le Comité des droits de l'homme : c'est en prenant argument du caractère non indépendant de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme que le Comité a néanmoins considéré qu'il n'avait pas présenté la “même question” devant une autre instance internationale d'enquête ou de règlement, ce qui – compte tenu de la limite mise par l'Autriche à la portée de son acceptation du Protocole facultatif au Pacte¹¹ – aurait sinon conduit à conclure à l'irrecevabilité de la communication¹².

⁶ Comité des droits de l'homme, Observation générale n°18 (1989): Non-discrimination, § 12.

⁷ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ouvert à la signature dans le cadre du Conseil de l'Europe à Strasbourg le 4 novembre 1950 (S.T.E., n°5).

⁸ L'article 14 de la Convention (non-discrimination) énonce : “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”. Pour une synthèse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur cette clause, voy. Oddny Mjöll Arnadóttir, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, The Hague, Martinus Nijhoff Publ., 2003, 265 pp.

⁹ Cour eur. D.H., arrêt (fond) rendu dans l'*affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* le 23 juillet 1968, § 9. Sur cet arrêt, voy. Joe 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, p. 753. L'on relèvera que la clause de non-discrimination figurant à l'article E de la Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996, dont la formulation est semblable à celle de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, a également été considérée comme ne pouvant faire l'objet d'une application indépendante des droits que la Charte consacre, bien qu'elle puisse faire l'objet d'une violation autonome : voy. Comité européen des droits sociaux, déc. du 4 novembre 2003, récl. Collective n° 13/2002, *Autisme-Europe c. France*, para. 51.

¹⁰ C. n° 965/2000, *Karakurt c. Autriche*, D. du 4 avril 2002.

¹¹ L'article 5 § 2, b), du Pacte prévoit que la communication sera déclarée irrecevable par le Comité des droits de l'Homme si la même question est “déjà en cours d'examen devant une autre instance internationale d'enquête ou de règlement”. Ceci n'exclut pas que le Comité puisse examiner une communication ayant déjà fait l'objet d'un règlement définitif devant une autre instance internationale. Cependant, l'Autriche, à l'instance de la plupart des autres États parties à la Convention européenne des droits de l'homme, a émis une réserve sur ce point dans l'instrument de ratification du Protocole facultatif se

B – L'étendue de la garantie de l'article 26 du Pacte

C'est en raison de son applicabilité indépendante des droits et libertés substantiels que le Pacte reconnaît que l'article 26 du Pacte se différencie, non seulement de la clause de non-discrimination de la Convention européenne des droits de l'homme,¹³ inspirée pourtant elle aussi de la Déclaration universelle des droits de l'homme, mais également d'autres instruments internationaux qui n'offrent une garantie contre la discrimination qu'en ce qui concerne la jouissance des droits et libertés qu'ils consacrent. L'indépendance de la garantie de l'article 26 du Pacte est conforme à son objet. Comme la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte contient à la fois une clause horizontale (l'article 2 § 1er) stipulant une garantie de non-discrimination dans l'exercice des droits et libertés qu'il consacre,¹⁴ et une autre clause (l'article 26, auquel correspond l'article 7 de la Déclaration universelle) qui contient une garantie distincte, celle d'être protégé contre toute forme de discrimination.¹⁵ Ces garanties ne sont nullement contradictoires entre elles, comme on l'a parfois affirmé¹⁶: elles sont, au contraire, complémentaires. A. Verdoordt, dans son commentaire de 1964 sur la Déclaration universelle des droits de l'homme, relevait que la première phrase de l'article 7 de la Déclaration va au-delà de l'article 2 "puisque'elle ne limite pas l'égalité aux droits exercés dans la Déclaration, mais l'étend à toutes les lois existant à un moment donné dans un pays donné".¹⁷ Au cours des travaux préparatoires du Pacte, les fonctions différentes que devaient remplir respectivement les articles 2 § 1er et 26 du Pacte ont été clairement identifiées.¹⁸ M. Bossuyt pouvait dès lors écrire en 1976, alors que les pactes de 1966 étaient tout juste entrés en vigueur, qu'il n'y a "pas de doute que [la première phrase de l'article 26 du Pacte] contient une interdiction de la discrimination qui est plus générale que celle dont le champ d'application est limité aux droits reconnus par l'instrument en question".¹⁹

rapportant au Pacte, qu'elle a déposé le 10 décembre 1987. Cette réserve exclut la compétence du Comité des droits de l'Homme lorsque la même question a déjà été examinée par la Commission européenne des droits de l'homme dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette réserve doit s'interpréter, suite à l'entrée en vigueur du Protocole n°11 d'amendement à la Convention européenne des droits de l'homme, comme s'étendant à l'examen d'une question par la Cour européenne des droits de l'homme.

¹² En revanche, devant la Cour européenne des droits de l'homme, le requérant individuel qui invoque la garantie de l'article 14 de la Convention sera considéré comme ayant satisfait à la condition de l'épuisement des voies de recours internes s'il a invoqué devant les juridictions nationales l'article 26 du Pacte, cette disposition correspondant "en substance", comme elle l'exige, à la clause dont il revendique ensuite la protection devant la Cour européenne des droits de l'homme. Pour un exemple, voy. Cour eur. D.H. (3ième sect.), *Koua Poirrez c. France* (req. n° 40892/98), arrêt du 30 septembre 2003 (définitif le 30 décembre 2003).

¹³ Cependant, depuis l'entrée en vigueur, le 1er avril 2005, du Protocole n°12 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, signé à Rome le 4 novembre 2000 (S.T.C.E., n°177), les Etats parties à ce protocole sont tenus de garantir de manière générale un droit à la non-discrimination. Ce protocole prévoit que "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." Pour un commentaire, voy. J. Schokkenbroek, "A New European Standard against Discrimination: Negotiating Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights", in J. Niessen & I. Chopin (eds.), *The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe*, Martinus Nijhoff Publ., Leiden/Boston, 2004, pp. 61-79.

¹⁴ L'article 2 § 1er de la Déclaration universelle des droits de l'homme dit ainsi que "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".

¹⁵ L'article 2 § 1er du Pacte s'applique également à cette garantie elle-même : le droit d'être à l'abri de toute discrimination doit être reconnu à tous sans distinction arbitraire. En ce sens, B. Ramcharan peut énoncer que l'article 2 § 1er englobe l'article 26 dans son champ d'application: voy. B. Ramcharan, "Equality and Non-discrimination", op. cit., p. 256.

¹⁶ Voy. par ex. Theodor Meron, *Human Rights Law-Making in the United Nations*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 120.

¹⁷ Albert Verdoordt, *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Louvain-Paris, Nauwelaerts, 1964, p. 115.

¹⁸ Voy. Marc Bossuyt, *A Guide to the 'Travaux préparatoires' of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publ., 1987, pp. 479 ss.; M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, N.P. Engel, 2ième éd. 2005, p. 605.

¹⁹ Marc Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 89.

Il est vrai que, pendant près de dix ans suivant l'entrée en vigueur du Pacte, le Comité des droits de l'homme a maintenu l'ambiguïté sur cette question d'interprétation pourtant décisive.²⁰ Dans une affaire *I.M. c. Norvège*, estimant que l'appréciation du montant du revenu imposable et l'octroi de logements sociaux sortait du cadre du Pacte, il a conclu à l'irrecevabilité d'une communication qui alléguait une discrimination raciale de la part des autorités de la ville d'Oslo, auxquelles l'auteur de la communication reprochait d'avoir omis de l'aider dans la préparation de sa déclaration fiscale, ce qui l'aurait empêché d'obtenir un logement à loyer modéré dans des conditions d'égalité.²¹ L'ambiguïté qu'a ainsi entretenue le Comité des droits de l'homme, manifestement divisé sur cette question,²² explique sans doute la vivacité des réactions qui ont suivi les décisions rendues en 1987 dans les affaires *Broeks* et *Zwaan-de Vries* dans lesquelles, pour la première fois, confronté à différents aspects de la loi néerlandaise accordant des allocations de chômage ou des avantages sociaux dans des conditions désavantageant les femmes mariées par rapport aux hommes mariés, le Comité des droits de l'homme conclut que l'article 26 "interdit toute discrimination de droit ou de fait dans tous les domaines relevant de l'autorité et de la protection des pouvoirs publics".²³ A la suite des décisions *Broeks* et *Zwaan-de Vries*, les Pays-Bas ont songé à dénoncer le Pacte, quitte ensuite à le ratifier à nouveau moyennant une réserve portant sur la portée de l'article 26.²⁴ Plusieurs Etats ayant adhéré au Pacte postérieurement à ces décisions ont d'ailleurs accompagné leur adhésion de pareille réserve.²⁵ Pourtant, en dépit des vagues qu'elles ont pu causer initialement, ces décisions ont été amplement confirmées depuis. Les domaines auxquels l'exigence de non-discrimination ont été appliqués comprennent les pensions de retraite²⁶, les indemnités de licenciement de la fonction publique²⁷, les pensions d'invalidité²⁸, les aides à l'éducation²⁹, ou encore les allocations familiales³⁰.

²⁰ Même dans son Observation générale n°18 de 1989, où l'autonomie de l'article 26 du Pacte se trouve explicitement confirmée, le Comité des droits de l'homme choisit de définir le terme de "discrimination", tel qu'il est utilisé dans le Pacte, en s'inspirant des définitions de la discrimination que contiennent la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (article 1 § 1er) et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (article 1er): ce terme, écrit le Comité, "doit être compris comme s'entendant de toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, et ayant pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par tous, dans des conditions d'égalité, de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales" (para. 7; nous plaçons l'accent). Cette formulation pourrait donner à entendre, à tort, que la discrimination ne pourrait avoir lieu que dans jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales tels que le Pacte les reconnaît.

²¹ C. n° 129/1982, *I.M. c. Norvège*, D. du 6 avril 1983, *Rapport*, 1987, p. 142, § 5. Une décision du 26 mars 1985 est plus délicate à interpréter : le Comité déclare irrecevable la communication d'un chômeur qui, poursuivi pour avoir presté du travail au noir, mentionne l'article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et se plaint d'une atteinte à son droit de travailler, ainsi que d'une discrimination (C. n° 178/1984, *J.D.B. c. Pays-Bas*, D. du 26 mars 1985, *Rapport*, 1987, p. 142, § 12.3). En réalité, l'auteur semble employer le terme de "discrimination" dans sa communication comme un synonyme de "violation"; il ne désigne pas la catégorie en tant que membre de laquelle il aurait fait l'objet d'une différence de traitement arbitraire.

²² Voy. Torkel Opsahl, "Equality in Human Rights Law. With Particular Reference to Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights", op. cit., pp. 59 ss.

²³ C. n° 172/1984, *S.W.M. Broeks c. Pays-Bas*, D. du 9 avril 1987, CCPR/C/29/D/172/1984 (nous plaçons l'accent); C. n° 182/1984, *F. H. Zwaan-de Vries c. Pays-Bas*, D. du 9 avril 1987, CCPR/C/29/D/182/1984.

²⁴ Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, op. cit., p. 601.

²⁵ C'est le cas de la Suisse et du Lichtenstein, lors des ratifications intervenues respectivement le 18 juin 1992 et le 10 décembre 1998. L'Allemagne, dont la ratification du Pacte est antérieure à la jurisprudence *Broeks* et *Zwaan-de Vries*, a voulu émettre une telle réserve au moment de sa ratification du Protocole facultatif au Pacte reconnaissant la compétence du Comité de recevoir des communications individuelles, le 25 août 1993.

²⁶ C. n° 786/97, *J. Vos c. Pays-Bas*, D. du 19 juillet 1999, CCPR/C/66/D/786/1997 (1999); C. n° 415/90, *Pauger c. Autriche*, D. du 26 mars 1992, CCPR/C/44/D/415/1990 (1992). Pour une liste plus complète, voy. notamment Jean Dhommeaux, "L'article 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques et le droit des pensions", *Revue française de droit administratif*, 1996, pp. 1239-1241.

²⁷ C. n° 309/1988, *Carlos Orihuela Valenzuela c. Pérou*, D. du 14 juillet 1993, Sélection des décisions, vol. 5, p. 25.

²⁸ C. n° 218/1986, *Hendrika S. Vos c. Pays-Bas*, D. du 29 mars 1989, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/44/40), p. 232 (1989).

²⁹ C. n° 191/1985, *Blom c. Suède*, D. du 4 avril 1988, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/43/40), p. 211 (1988).

³⁰ C. n° 406/1990 et 426/1990, *Oulajin et Kaiss c. Pays-Bas*, D. du 23 octobre 1992, U.N. Doc. CCPR/C/46/D/406/1990 et 426/1990 (1992).

L'extension du domaine d'application de la garantie de non-discrimination figurant à l'article 26 du Pacte, notamment à des matières relevant des politiques économiques et sociales des Etats parties, s'est accompagnée de la reconnaissance à ces Etats d'une certaine marge d'appréciation dans les différenciations qu'il opère entre catégories de personnes. Il est inévitable que, dans les domaines tels que la fiscalité ou la sécurité sociale, l'Etat pourra bénéficier d'une large marge d'appréciation s'agissant de pareilles différenciations qu'il souhaitera établir entre différentes catégories de destinataires. Ceci tient, moins à la prétendue complexité des choix en cause ou à l'importance de leur impact budgétaire – laquelle n'est pas spécifique aux droits économiques et sociaux –, qu'à la difficulté qu'éprouve le Comité à apprécier le caractère objectif et raisonnable des différences de traitement établies en ce domaine, en l'absence de consensus quant au modèle souhaitable de justice sociale. Il est légitime et sans doute, dans une certaine mesure, souhaitable, que les Etats adoptent des approches différentes dans ces domaines.

Bien qu'elle ne soit que très partiellement exacte, la perception selon laquelle, tandis que les droits civils et politiques seraient d'application immédiate, les droits économiques et sociaux feraient nécessairement l'objet d'une mise en oeuvre progressive, a pu également conduire à la conclusion que, s'agissant des distinctions établies dans la réalisation des droits relevant de cette dernière catégorie, les Etats parties au Pacte devraient bénéficier d'une large marge d'appréciation. Dans l'opinion individuelle présentée par MM. Nisuke Ando, Kurt Herndl et Birame Ndiaye, concernant les constatations du Comité relatives à la communication n° 395/1990, *M. Th. Sprenger c. Pays-Bas*³¹, où était en cause une différence de traitement entre couples mariés et couples non mariés dans la loi néerlandaise sur l'assurance maladie, ces membres relèvent ainsi : « S'il est clair que l'article 26 du Pacte postule un droit autonome à la non-discrimination, (...) l'application de ce droit peut prendre des formes différentes selon la nature du droit auquel est appliqué le principe de non-discrimination. (...) [La] question de savoir si une discrimination interdite au sens de l'article 26 a eu lieu dépend de considérations complexes, en particulier s'agissant de droits économiques, sociaux et culturels. La législation de la sécurité sociale, dont le but est de réaliser certains objectifs de justice sociale, doit nécessairement pouvoir faire des distinctions. (...) [Il] est nécessaire aussi de tenir compte du fait que les besoins socioéconomiques et culturels d'une société sont en évolution constante, de sorte que sa législation – en particulier dans le domaine de la sécurité sociale – peut être en retard par rapport à l'évolution observée, et qu'elle l'est même souvent. De ce fait, l'article 26 du Pacte (...) doit être conçu comme un engagement de nature générale souscrit par les Etats parties au Pacte d'examiner régulièrement leur législation pour s'assurer qu'elle correspond bien aux besoins changeants de leur société. Dans le domaine des droits civils et politiques, l'Etat partie a l'obligation de respecter les droits visés par le Pacte tels que le droit à un procès équitable, la liberté d'expression et la liberté de conscience, dès l'entrée en vigueur du Pacte, et ceci sans aucune discrimination. En revanche, s'agissant des droits visés par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, il est généralement admis que les Etats parties peuvent avoir besoin de temps pour appliquer progressivement ces droits et pour adapter par étapes la législation correspondante; de plus, il faut constamment s'assurer que les distinctions qui sont raisonnables et objectives au moment de l'adoption d'une disposition de sécurité sociale ne deviennent pas déraisonnables et discriminatoires par suite de l'évolution socioéconomique de la société. Enfin, nous reconnaissons que la refonte de la législation d'un pays est un processus complexe exigeant que de nombreux facteurs soient pris en considération, y compris le caractère limité des ressources financières, et les effets potentiels des amendements adoptés sur d'autres dispositions législatives ».

L'intérêt de cette prise de position est qu'elle souligne le caractère fortement évolutif du principe de non-discrimination, qui – compte tenu de ce que ses exigences ne cessent de varier en fonction du contexte et de l'évolution des faits sociaux – suppose un réexamen permanent du système juridique national aux fins de vérifier qu'il ne contient pas d'éléments susceptibles de créer des discriminations. Pour le surplus, cette opinion individuelle rejoint une doctrine classique qui établit une différence de

³¹ C. n° 395/1990, *Th. Sprenger c. Pays-Bas*, D. du 31 mars 1992, Sélection, vol. 4, p. 118.

nature entre les droits civils et politiques d'une part, les droits économiques et sociaux de l'autre³². Cette doctrine est aujourd'hui dépassée. De même que des mesures de mise en œuvre doivent être adoptées afin de donner effet aux droits civils et politiques, certaines dimensions des droits économiques et sociaux sont d'application immédiate, ce qui rend contestable toute tentative d'établir entre ces deux catégories de droits une séparation trop nette. En outre, l'application transversale du principe de non-discrimination justement permet au juge international, sans que cela revienne pour lui à dicter au législateur national le niveau de protection qu'il doit accorder aux droits économiques et sociaux, de vérifier que, dans l'exercice par chaque Etat de ses choix en matière socio-économique, celui-ci ne se rend coupable d'aucune différence de traitement arbitraire. Le principe de non-discrimination, qui est d'application immédiate même s'agissant des dimensions des droits de l'homme qui font l'objet d'une réalisation progressive³³, chapeaute ainsi les droits civils et politiques et les droits économiques et sociaux, entre lesquels il établit une manière de continuité.

Ce n'est pas à dire que les conséquences qui résultent de cette applicabilité étendue de l'article 26 du Pacte, qui résultent de son "autonomie" au sens de cette expression lorsqu'elle est utilisée par le Comité des droits de l'Homme, soient toujours aisées à maîtriser. Cette application autonome produit un "effet créateur", pour emprunter à l'expression de M. Bossuyt, puisqu'elle conduit le juge international à exiger l'extension à certaines catégories désavantagées d'un droit ou d'un avantage que le système juridique national, en principe, avait choisi de n'accorder qu'à une catégorie privilégiée : "Grâce à cet effet créateur de l'application autonome de la norme de non-discrimination, l'individu peut acquérir un droit (social) que ni la législation nationale, ni la convention internationale ne garantissent directement"³⁴.

La difficulté de maintenir nettement une distinction entre l'interdiction de la discrimination et la liberté de l'Etat partie de choisir ou non d'accorder un avantage social peut être illustrée par la décision adoptée le 7 avril 1994 dans l'affaire *J. A. M. B.-R. c. Pays-Bas*. L'auteur, qui est une femme mariée, avait perdu son emploi le 1er août 1983. Elle avait alors demandé et obtenu une allocation de chômage au titre de la loi sur le chômage. Conformément à cette loi, cette allocation lui a été versée pendant une durée maximum de six mois, c'est-à-dire jusqu'au 1er février 1984. Or l'auteur affirmait qu'elle avait ensuite droit pendant un maximum de deux ans, à une allocation au titre de la loi sur les prestations de chômage qui était alors en vigueur. Cette allocation aurait représenté 75 % de son dernier salaire, contre 80 % pour l'allocation versée au titre de la loi sur le chômage. La demande qu'elle avait introduite en ce sens avait cependant été rejetée au motif qu'étant une femme mariée n'ayant pas qualité de soutien de famille, elle ne remplissait pas les conditions requises. Ce refus s'appuyait sur l'alinéa 1 du paragraphe 1 de l'article 13 de la loi sur les prestations de chômage, que l'auteur estimait cependant discriminatoire dès lors que cette condition – exigeant du demandeur qu'il prouve qu'il est soutien de famille – ne s'appliquait pas aux hommes mariés. La condition posée par l'alinéa 1 du paragraphe 1 de l'article 13 de la loi sur les prestations de chômage fut finalement supprimée par les Pays-Bas le 24 avril 1985. L'effet rétroactif de cette décision fut cependant limité aux personnes qui avaient perdu leur emploi à partir du 23 décembre 1984. Dès lors, pour la période allant du 1er février 1984 au 23 décembre 1984, Mme B.-R. estimait avoir fait l'objet d'une discrimination contraire à l'article 26 du Pacte. Le Comité conclut à l'irrecevabilité de la

³² Voy. notamment M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, op. cit., chap. 3; M. Bossuyt, "La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels", *Human Rights Law Journal*, vol. 8 (1975), pp. 783-813; Vierdag, "The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *Netherlands Yearbook of International Law* (1978), pp. 69-105. But see, in contrast, G.J.H. van Hoof, "The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views", in P. Alston and K. Tomasevski (eds.), *The Right to Food*, Martinus Nijhoff Publ., 1984, pp. 97-110.

³³ Ceci a été clairement reconnu dans le cadre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Dans son Observation générale n°3 (1990) sur la nature des obligations des Etats parties, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels relève au para. 1 que "si le Pacte [international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels] prévoit effectivement que l'exercice des droits devra être assuré progressivement et reconnaît les contraintes découlant du caractère limité des ressources disponibles, il impose aussi diverses obligations ayant un effet immédiat, dont [l'obligation de garantir] que les droits considérés 'seront exercés sans discrimination'" (doc. ONU E/1991/23).

³⁴ M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, op. cit., p. 219.

communication, en relevant notamment que “si l'article 26 du Pacte prévoit que la loi doit interdire la discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale contre toute discrimination, il ne précise pas quelles sont les questions qui devraient être réglementées par la loi. Ainsi, cet article ne fait-il pas en lui-même obligation aux États parties de prévoir des prestations de sécurité sociale ou de les accorder rétroactivement, par rapport à la date du dépôt de la demande. Toutefois, si ces prestations sont réglementées par la loi, les dispositions pertinentes doivent être conformes à l'article 26 du Pacte”.³⁵

Bien que l'irrecevabilité de la communication puisse être justifiée pour d'autres motifs, ce dernier argument est peu convaincant.³⁶ La question posée au Comité n'était pas de savoir si les Pays-Bas devaient ou non se doter d'un système assurant des prestations de sécurité sociale au bénéfice des personnes au chômage. Un tel système existait, pour la période concernée; la question qui se posait était uniquement de savoir si, compte tenu de la condition posée à l'alinéa 1 du paragraphe 1 de l'article 13 de la loi sur les prestations de chômage, qui s'appliquait uniquement aux femmes mariées, le système n'était pas discriminatoire. L'on risque de réduire l'exigence de non-discrimination à un pure tautologie si, du fait de l'absence d'une loi accordant les avantages devant bénéficier à tous sans discrimination, l'on aboutit à conclure à l'inapplicabilité de l'article 26 du Pacte, par crainte d'étendre à la catégorie défavorisée les avantages reconnus à la catégorie favorisée.

Les craintes que paraît avoir éprouvées la majorité des membres du Comité dans cette affaire – d'obliger les Pays-Bas à étendre la protection du système de sécurité sociale en vigueur au-delà de ce que le législateur national aurait pu anticiper – paraissent d'autant moins fondées que le Comité semble admettre que, afin de mettre fin à une discrimination qui a été constatée, l'Etat en cause peut opérer une égalisation par le bas, c'est-à-dire priver l'ensemble des bénéficiaires potentiels de l'avantage en cause, plutôt que d'étendre à la catégorie défavorisée les avantages réservés de manière discriminatoire à quelques-uns. Dans l'affaire *Waldman c. Canada*, le Comité des droits de l'homme conclut à une violation de l'article 26 du Pacte compte tenu de ce que le financement dont bénéficient les écoles catholiques romaines dans la province de l'Ontario n'est pas reconnu aux autres écoles religieuses. Mentionnant la remarque de l'auteur, selon laquelle “les écoles publiques de l'Ontario disposeraient de davantage de ressources si le Gouvernement cessait de financer des écoles religieuses quelles qu'elles soient”, le Comité relève dans sa décision que “le Pacte n'oblige pas les États parties à financer des écoles religieuses. Toutefois, si un État partie décide de financer de telles écoles, il doit le faire pour toutes sans discrimination. Ce qui signifie que le fait de financer les écoles de tel groupe religieux mais pas d'un autre doit être fondé sur des critères raisonnables et objectifs”.³⁷

Bien que certaines difficultés puissent ainsi se présenter dans l'application en matière économique et sociale de la règle de non-discrimination, le principe de l'application autonome de l'article 26 du Pacte, à tout droit consacré dans le système juridique d'un Etat partie, n'est plus contesté. Pourtant, ignorant les enseignements des décisions rendues dans les affaires *Broeks* et *Zwaan-de Vries* de 1987 et, de manière plus étonnante encore, celui des constatations adoptées par la Comité dans l'affaire *Gueye et autres c. France* deux années plus tard – constatant une violation de l'article 26 du Pacte en raison des conditions discriminatoires quant à la nationalité des modalités de calcul des montants des pensions accordées aux militaires de carrière retraités ayant servi dans les armées françaises³⁸ –, le Conseil d'Etat français a estimé, dans un avis *Mme Doukouré* du 15 avril 1996, que “les dispositions

³⁵ C. n° 477/1991, *Mme J. A. M. B.-R. c. Pays-Bas*, D. du 7 avril 1994, doc. ONU CCPR/C/50/D/477/1991 (1994).

³⁶ Voy. également l'opinion individuelle de M. B. Wennergren, qui exprime son désaccord avec la majorité.

³⁷ C. n° 694/96, *Waldman c. Canada*, D. du 5 novembre 1999, doc. ONU CCPR/C/67/D/694/1996 (1999) (voy. aussi l'opinion séparée de M. Anda à la décision adoptée dans l'affaire *Pauger c. Autriche*, C. n° 415/90, D. du 26 mars 1992, CCPR/C/44/D/415/1990 (1992)). Il n'apparaît pas que le Canada ait pris les mesures permettant de mettre fin à la discrimination constatée dans l'affaire *Waldman*, que cela soit en assurant aux écoles religieuses autres que catholiques un financement équivalent, ou que cela soit en interrompant le versement de subsides aux écoles religieuses : voy. Observations finales du Comité des droits de l'homme : Canada, doc. ONU CCPR/C/CAN/CO/5, 20 avril 2006, § 21.

³⁸ C. n° 196/1985, *Ibrahima Gueye et diverses autres personnes c. France*, D. du 3 avril 1989, CCPR/C/35/D/196/1985. Voy. Gérard Cohen-Jonathan, “Note sur les décisions et constatations du Comité des droits de l'homme des Nations Unies relatives à la France”, *Annuaire français de droit international*, 1989, pp. 424-432, ici pp. 425-429. L'on revient sur cette affaire ci-dessous.

de l'article 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques ne sont (...) invocables que par les personnes qui invoquent une discrimination relative à l'un des droits civils et politiques énumérés par ce pacte³⁹. Le Conseil d'Etat ne s'est jamais départi de cette position. Dans un arrêt du 7 juin 2006 encore, où se trouvaient attaquées la différence de traitement, en termes de justifications à produire pour l'ouverture des droits, dont font l'objet les personnes pouvant bénéficier de la couverture maladie universelle et celles relevant de l'aide médicale de l'Etat, ainsi que la limitation de l'accès à l'aide médicale de l'Etat aux seuls étrangers en situation irrégulière qui justifient remplir une condition de séjour interrompue de trois mois, le Conseil d'Etat a confirmé sa position sur la non-autonomie de l'article 26 du Pacte.⁴⁰

Cet entêtement de la jurisprudence administrative française n'est pas défendable. L'attitude du Conseil d'Etat, qui contraste avec celle de la Cour de cassation de France,⁴¹ heurte de front la lecture que fait de l'article 26 du Pacte le Comité des droits de l'homme. Dans une décision de 2002,⁴² le Comité a encore rappelé, à propos de l'interprétation française, que "sa jurisprudence (...) a établi que l'article 26 ne reprend pas simplement la garantie déjà énoncée à l'article 2, mais prévoit par lui-même un droit autonome. L'application du principe de non-discrimination énoncé à l'article 26 n'est donc pas limitée aux droits stipulés dans le Pacte". Il est permis à cet égard de souligner qu'en ratifiant le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les Etats parties n'ont pas seulement accepté de garantir un certain nombre de droits substantiels, qui s'y trouvent énoncés : ils ont aussi accepté de se soumettre à un mécanisme de contrôle, qui reconnaît à un comité d'experts indépendants une compétence particulière à l'effet de veiller au respect du Pacte par les Etats parties.

II – Le contenu de l'exigence de non-discrimination

Afin de cerner le contenu de l'exigence de non-discrimination inscrite à l'article 26 du Pacte, l'on examine séparément la signification que le Comité a reconnue au concept de discrimination, d'une part, les quatre normes figurant à l'article 26 du Pacte, d'autre part. Le concept de discrimination s'étendant aussi bien à la discrimination directe qu'à la discrimination indirecte, en principe, c'est à ces deux notions complémentaires que chacune des quatre normes de l'article 26 doivent être référées.

A – Discrimination directe et discrimination indirecte

La discrimination interdite en vertu de l'article 26 du Pacte peut être directe ou indirecte. La discrimination *directe* s'entend de toute différence de traitement qui ne peut être objectivement et raisonnablement justifiée, c'est-à-dire qui est soit arbitraire (ne poursuivant aucun but légitime), soit disproportionnée (allant au-delà de ce que cet objectif requiert pour sa réalisation). Ainsi, "toute différenciation ne constitue pas une discrimination, si elle est fondée sur des critères raisonnables et

³⁹ *Rec. Lebon*, 1996, p. 125; *Actualité juridique – Droit administratif*, 1996, p. 565; *Revue française de droit administratif*, 1996, p. 817; *Droit administratif*, juillet 1996, p. 9, n° 362. L'avis rendu par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat sur demande du Tribunal administratif de Poitiers portait sur la compatibilité avec l'article 26 du Pacte d'une disposition de la loi du 26 décembre 1959, qui a eu pour effet de geler à un montant déterminé le montant des pensions militaires versées à des ressortissants d'Etats ayant autrefois appartenu à l'Union ou à la Communauté françaises ou ayant été placés sous tutelle ou protectorat français. Pour un excellent exposé de l'enjeu, voy. Syméon Karagiannis, "Considérations sur l'article 26 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques en marge de la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français", in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 467-497.

⁴⁰ C.E., *Association Aides, Groupe de soutien et d'information pour les travailleurs immigrés (Gisti), Ligue des droits de l'Homme, Médecins du Monde et Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples (MRAP)*, n° 285576. Le Conseil d'Etat a fait droit à la demande des associations requérantes sur d'autres motifs.

⁴¹ Il n'en a pas toujours été ainsi. Dans un arrêt du 8 février 1990, la Cour de cassation (chambre criminelle) considère encore que "l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'origine nationale telle qu'elle est prévue par l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ne concerne que la jouissance des droits reconnus dans lesdits Pacte et Convention et ne fait pas obstacle à ce que soit prononcée contre un étranger déclaré coupable de séjour irrégulier en France en application de l'article 19 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, une peine différente de celle encourue par les ressortissants des Etats membres de la Communauté économique européenne sur le fondement de l'article 18 du décret n°81405 du 28 avril 1981" (Cass. fr. (crim.), 8 février 1990, pourvoi n° 86-95202).

⁴² C. n° 854/1999, *Wackenheim c. France*, D. du 26 juillet 2002.

objectifs et si le but visé est légitime au regard du Pacte⁴³. L'article 26 du Pacte interdit cependant également, en outre, la discrimination *indirecte*. Le Comité considère en effet qu'une violation de l'article 26 "peut également résulter de l'effet discriminatoire d'une règle ou d'une mesure apparemment neutre ou dénuée de toute intention discriminatoire. Toutefois, on ne peut dire qu'une telle discrimination indirecte est fondée sur les motifs énumérés à l'article 26 du Pacte que si les effets préjudiciables d'une règle ou d'une décision affectent exclusivement ou de manière disproportionnée des personnes particulières en raison de leur race, couleur, sexe, langue, religion, opinion politique ou toute autre opinion, origine nationale ou sociale, fortune, naissance ou toute autre situation. En outre, des règles ou décisions ayant une telle incidence ne constituent pas une discrimination si elles sont fondées sur des motifs objectifs et raisonnables"⁴⁴. Ainsi selon le Comité, "l'article 26 interdit la discrimination tant directe qu'indirecte, cette dernière notion caractérisant une règle ou une mesure qui semble neutre a priori ou dénuée de toute intention discriminatoire mais qui peut néanmoins entraîner une discrimination du fait de son effet négatif, exclusif ou disproportionné, sur une certaine catégorie de personnes"⁴⁵.

L'extension de la notion de discrimination prohibée à la discrimination indirecte renforce de manière notable la protection qu'apporte l'article 26 du Pacte⁴⁶. Cette extension signifie d'abord que l'article 26 interdit, outre les discriminations *de jure*, résultant des différences de traitement fondées explicitement sur un critère dont l'emploi n'est pas raisonnablement et objectivement justifié, les discriminations *de facto*, qui résultent de l'impact de législations, réglementations ou pratiques apparemment neutres sur certaines catégories de personnes pour lesquelles l'application de ces mesures constitue la source d'un désavantage particulier.⁴⁷ Elle signifie aussi que la discrimination

⁴³ Observation générale n°18, para. 13.

⁴⁴ C. n° 998/2001, *Althammer et autres c. Autriche*, D. du 8 août 2003, doc. ONU CCPR/C/78/D/998/2001 (2003), para. 10.2.

⁴⁵ C. n° 976/2001, *Derksen c. Pays-Bas*, D. du 1er avril 2004, doc. ONU CCPR/C/80/D/976/2001 (2004), para. 9.3. Dans cette affaire, le Comité constate une violation de l'article 26 du Pacte compte tenu de que, à partir du 1er juillet 1996, la loi sur les personnes à charge survivantes (*Algemene Nabestaanden Wet - ANW*) est venue prévoir que les couples non mariés ont aussi droit à des allocations au bénéfice des enfants à charge qui, sous l'ancien régime de la loi générale sur les veuves et les orphelins (*Algemene Wedurwen en Wezen Wet - AWW*), étaient réservées aux seuls veufs ou veuves de couples mariés, mais sans faire rétroagir la nouvelle législation au bénéfice des enfants à charge nés hors mariage avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Le Comité considère que "la distinction entre enfants nés, d'une part, soit dans le mariage soit hors mariage après le 1er juillet 1996 et, d'autre part, hors mariage avant le 1er juillet 1996 n'est pas fondée sur des motifs raisonnables. [...] [L]es autorités étaient parfaitement conscientes de l'effet discriminatoire de la loi générale sur les veuves et les orphelins lorsqu'elles ont décidé de promulguer la nouvelle législation destinée à remédier à la situation, et [elles] auraient pu aisément mettre fin à la discrimination dont sont victimes les enfants nés hors mariage avant le 1er juillet 1996 en leur étendant les dispositions de la nouvelle loi. La discrimination actuelle qui touche les enfants qui n'ont pas eu de droit de regard sur le choix de leurs parents de se marier ou de ne pas se marier aurait pu être abolie, avec ou sans effet rétroactif". Bien qu'il ne soit pas justifié de jeter la suspicion sur la notion même de discrimination indirecte, comme le fait dans son opinion individuelle dissidente Sir Nigel Rodley qui la qualifie de "peu solide", on peut néanmoins partager les doutes de celui-ci, ainsi que de M. Nisuke Ando, sur la solidité de la solution adoptée par le Comité : cette solution aboutit à exiger de l'Etat qu'il justifie le caractère objectif et raisonnable de toute différence de traitement liée à l'entrée en vigueur de lois nouvelles, ce qui lui sera le plus souvent très difficile à faire. Le Comité aurait été mieux inspiré de ne pas prendre appui sur la notion de discrimination indirecte dans le cas *Derksen*, et de constater plus simplement que la nouvelle loi sur les personnes à charge survivantes n'a pas aboli la discrimination (directe) entre les enfants selon qu'ils sont nés dans ou hors mariage, pour ce qui concerne les enfants nés avant le 1er juillet 1996, et a ainsi maintenu en vigueur une situation jugée contraire à l'article 26 du Pacte.

⁴⁶ L'on peut s'en convaincre aisément par la comparaison avec la jurisprudence antérieure du Comité : voy., par exemple, C. n° 406/1990 et 426/1990, *Lahcen B.M. Oulajin et Mohamed Kaiss c. Pays-Bas*, D. du 23 octobre 1992, doc. ONU CCPR/C/46/D/426/1990 (1992), para. 7.5. : "La distinction établie dans la loi sur les allocations familiales entre les propres enfants d'une personne et les enfants recueillis et pris en charge par une personne exclut l'octroi d'allocations au titre des enfants recueillis et pris en charge qui ne vivent pas avec le parent nourricier. A cet égard, les auteurs affirment que l'application de cette loi est, en pratique, un cas de discrimination à l'égard des travailleurs migrants puisqu'elle pèse plus lourdement sur les travailleurs migrants que sur les ressortissants néerlandais. Le Comité note que les auteurs n'ont présenté aucun élément concret à l'appui de leurs dires et remarque, en outre, que la loi sur les allocations familiales ne fait aucune distinction entre ressortissants néerlandais et non-ressortissants tels que travailleurs migrants. Le Comité considère que la portée de l'article 26 du Pacte ne s'étend pas aux différences résultant de l'égale application, pour l'octroi de prestations, de règles communes" (nous plaçons l'accent).

⁴⁷ Cependant, les distinctions entre discriminations directe et indirecte d'une part, entre discriminations *de jure* et discrimination *de facto* d'autre part, ne se recoupent pas exactement. Une pratique des autorités consistant à opérer des différences de traitement non justifiables constitue une discrimination directe, mais celle-ci n'est pas inscrite dans une réglementation : elle existe donc en fait, plutôt que par rapport à la loi. Par contre, une réglementation n'opérant ouvertement

interdite par l'article 26 du Pacte peut n'être pas intentionnelle, ou n'être pas issue d'une volonté de discriminer de la part des autorités publiques.

Bien qu'antérieure à l'apparition explicite, dans la jurisprudence du Comité, de la notion de discrimination indirecte, l'affaire *Singh Binder c. Canada* en fournit déjà une bonne illustration. L'auteur de la communication, un sikh d'origine indienne émigré au Canada, portait un turban dans la vie quotidienne et avait refusé de porter un casque de sécurité pendant son travail, ce qui a entraîné son licenciement. Il invoquait une atteinte à sa liberté de religion, que garantit l'article 18 du Pacte. Le Canada soutenait que l'auteur n'avait pas été licencié de son emploi en raison de sa religion en tant que telle, mais en raison de son refus de porter un casque, et il affirmait qu'une prescription légale neutre imposée pour des raisons légitimes et appliquée à tous les membres du personnel concerné sans viser plus particulièrement tel ou tel groupe religieux, ne saurait violer la liberté de religion que garantit le Pacte. Relevant que dans l'affaire qui lui était soumise, "il est prétendu qu'une loi apparemment neutre, en ce sens qu'elle s'applique à toutes les personnes sans distinction, est appliquée de façon discriminatoire contre les personnes de religion sikh", le Comité choisit spontanément d'examiner la communication sous l'angle non seulement de l'article 18 du Pacte, mais aussi sous celui de l'article 26. Il aboutit cependant à la conclusion suivante : "Que l'on aborde la question sous l'angle de l'article 18 ou de l'article 26, on doit [...] parvenir à la même conclusion. Si l'on considère que l'obligation de porter un casque soulève des questions relatives à l'article 18 du Pacte, il s'agit d'une restriction justifiée au sens des dispositions du paragraphe 3 de cet article. Si l'on considère que l'obligation de porter un casque est une discrimination de fait contre les personnes de religion sikh au sens de l'article 26, on doit, selon les critères maintenant bien établis dans la jurisprudence du Comité, considérer que la loi obligeant les employés fédéraux à porter un casque pour se protéger des blessures et des chocs électriques est raisonnable et tend à des fins objectives compatibles avec le Pacte"⁴⁸.

L'attitude du Comité des droits de l'homme dans l'affaire *Singh Binder* contraste avec celle qu'il avait adoptée antérieurement, par exemple lorsque, confronté à la situation d'objecteurs de conscience souhaitant pouvoir effectuer un service alternatif au service militaire, il avait refusé de prendre en compte l'impact de l'obligation de service militaire sur les personnes dont la religion ou les convictions s'y opposaient : ainsi dans une décision d'irrecevabilité du 9 juillet 1985, adoptée à propos d'une communication dirigée contre la Finlande par une personne condamnée en raison de son refus d'effectuer un service militaire, le Comité avait-il fait observer que l'auteur "n'a pas été poursuivi ni condamné pour ses convictions ou ses opinions en tant que telles, mais parce qu'il a refusé d'accomplir le service militaire"⁴⁹. L'affaire *Singh Binder* constitue ainsi un tournant, qui – bien que les hésitations du Comité à consacrer la notion de discrimination indirecte ait perduré encore plusieurs années par la suite – annonçait déjà la reconnaissance explicite de cette notion dans l'affaire *Derksen* : dans ces deux affaires, le fait que la réglementation en vigueur n'opère pas une différence de traitement ouverte entre deux catégories de destinataires ne suffit pas à écarter le risque de discrimination ; celle-ci peut résulter de l'application d'une réglementation neutre en apparence à des situations appelant un traitement différencié, et dont l'impact peut dès lors constituer une source de discrimination.⁵⁰

B – Les quatre normes de l'article 26 du Pacte

aucune différence de traitement, mais ayant un impact disproportionné sur certaines catégories, sera considérée comme discrimination *de facto*, bien qu'elle a sa source dans une règle juridique.

⁴⁸ C. n° 208/1986, *Singh Binder c. Canada*, D. du 9 novembre 1989, doc. ONU CCPR/C/37/D/208/1986 (1989), para. 6.2.

⁴⁹ C. n° 185/1985, *L.T.K. c. Finlande*, D. du 9 juillet 1985, doc. ONU CCPR/C/25/D/185/1984 (1985), para. 5.2.

⁵⁰ Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la reconnaissance explicite de la notion de discrimination indirecte a lieu dans une affaire *Thlimmenos c. Grèce* (req. n° 34369/97), qui a donné lieu à un arrêt du 6 avril 2000. La Cour relève dans cet arrêt avoir "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 Etats 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 Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes" (§ 44).

Dans les paragraphes suivants, l'on examine les quatre garanties distinctes de l'article 26 du Pacte, bien que le texte ne les mette pas en lumière de façon explicite⁵¹. Ces normes imposent à l'Etat partie des obligations tantôt négatives et tantôt positives : l'Etat doit garantir l'égalité devant la loi ; il doit garantir à tous l'égalité de protection de la loi ; il doit interdire toute discrimination ; enfin, il doit "garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination". En principe, chacune de ces obligations doit s'entendre comme s'étendant aussi bien à la discrimination directe qu'à la discrimination indirecte. La "protection égale et efficace contre toute discrimination" à laquelle se réfère l'article 26 oblige l'Etat, notamment, à prendre des mesures d'action positive afin de remédier aux situations d'inégalité structurelle qui peuvent se présenter là où, en raison de la situation spécifique de certains groupes sociaux, ceux-ci sont durablement exclus de l'accès aux mécanismes assurant leur intégration au sein de la communauté : une manière de comprendre cette dernière obligation est de voir dans cette "inégalité structurelle" une discrimination indirecte d'une nature particulière, qui a sa source non pas dans telle réglementation spécifique ou dans telle pratique identifiable, mais dans des mécanismes structurels d'exclusion que la protection contre des actes spécifiques (individuels) de discrimination ne suffit pas à combattre.

1/ L'égalité devant la loi

L'article 26 du Pacte garantit d'abord l'égalité "devant la loi". Cette règle s'adresse aux responsables de l'application des lois, qui appartiennent à l'exécutif ou au judiciaire : elle interdit que la loi soit appliquée de manière arbitraire ou discriminatoire. L'article 26 sur ce point exprime une exigence sur un plan général, dont l'article 14 § 1er, qui dit que "Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice", fournit une explicitation plus particulière⁵².

L'affaire *Kavanagh* fournit une bonne illustration, à la fois de la convergence entre ces deux garanties, et de la nature de la protection de l'égalité "devant la loi" qu'offre l'article 26. En vertu du paragraphe 1 de l'article 47 de la loi sur les atteintes à la sûreté de l'État de 1939, un tribunal pénal spécial avait été créé en Irlande, compétent pour connaître de certaines infractions énumérées dans l'ordonnance de 1972 sur les atteintes à la sûreté de l'État lorsque l'Attorney-General "estime approprié" qu'une personne accusée d'une de ces infractions comparaisse devant un tribunal pénal spécial plutôt que devant un tribunal ordinaire ; en outre, le tribunal pénal spécial – composés de trois juges qui rendent leur décision à la majorité des voix, et non de jurés comme les tribunaux ordinaires, et recourant à une procédure restreignant les droits de la défense – est également compétent pour connaître d'infractions ne figurant pas dans la liste lorsque l'Attorney-General déclare, conformément au paragraphe 2 de l'article 47 de la loi, qu'il considère que les tribunaux ordinaires "ne sont pas dotés des moyens requis pour assurer l'administration efficace de la justice pour ce qui est de juger la personne en cause pour l'infraction en question". M. Kavanagh avait été arrêté et condamné à 12 ans de prison pour la séquestration et le vol avec menaces d'un directeur de banque; une des sept infractions qui lui étaient reprochées figurait sur la liste pouvant justifier, selon l'ordonnance de 1972, qu'il soit jugé par le tribunal pénal spécial. Dans sa communication au Comité des droits de l'homme, il affirmait que la décision du Procureur général de le faire juger par le tribunal pénal spécial constituait une violation du principe de l'équité et de l'égalité des armes consacré aux paragraphes 1 et 3 de l'article 14, et qu'elle violait le principe de non-discrimination énoncé à l'article 26, l'intéressé ayant été privé, sans raison objective, d'importantes garanties judiciaires dont pouvaient se prévaloir d'autres personnes accusées d'infractions analogues. Il se plaignait donc d'avoir été "sérieusement désavantagé par rapport à d'autres personnes accusées d'infractions pénales analogues ou identiques qui ont été, elles, jugées par des tribunaux ordinaires et pouvaient donc bénéficier de garanties plus étendues", ce qui pouvait être

⁵¹ On a parfois voulu relier ces quatre garanties à des "stades" au travers desquels serait passé, historiquement, le principe général de non-discrimination. Voy. Torkel Opsahl, "Equality in Human Rights Law. With Particular Reference to Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights", op. cit. Manfred Nowak écrit que "Article 26 of the Covenant is of special significance in that it was the first provision in an international human rights treaty to contain all four of the above-mentioned stages in the development of the principle of equality" : M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, op. cit., p. 600.

⁵² Ainsi que l'article 14 § 3 du Pacte, qui énumère les garanties auxquelles a droit toute personne accusée d'une infraction pénale, "en pleine égalité".

d'autant plus dommageable que "l'évaluation de la crédibilité de plusieurs témoins essentiels était capitale dans son cas. Ainsi, l'auteur affirme avoir fait l'objet de restrictions arbitraires et ne pas avoir été traité sur un pied d'égalité dans l'exercice de ses droits au regard de la procédure, le Procureur général n'ayant donné aucune raison pour justifier sa décision". Le Comité conclut à l'existence d'une discrimination compte tenu du risque d'arbitraire lié à l'absence d'une obligation pour le procureur général de justifier son choix de recourir au tribunal pénal spécial, et de l'absence de tout contrôle juridictionnel effectif sur ce choix⁵³ :

À supposer même que le recours à un système de justice pénale tronqué dans le cas de certaines infractions graves soit acceptable dans la mesure où il est équitable, le Comité considère comme problématique le fait que le Parlement ait voté une loi énumérant les infractions graves que le Procureur général, exerçant un pouvoir discrétionnaire échappant à tout contrôle, peut («quand il le juge approprié») renvoyer devant un tribunal pénal spécial et que le législateur autorise en outre, comme dans le cas de l'auteur, le renvoi d'autres infractions devant cette juridiction si le Procureur général considère que les tribunaux ordinaires sont inadéquats. Le Procureur général n'est pas tenu de donner les raisons pour lesquelles il considère que le tribunal pénal spécial serait «mieux adapté» ou les tribunaux ordinaires sont «inadéquats» et aucune explication n'a été fournie au Comité en ce qui concerne la décision prise en l'espèce. En outre, les décisions du Procureur général ne font l'objet d'un examen judiciaire que dans les circonstances les plus exceptionnelles et dans lesquelles il est pratiquement impossible d'apporter les preuves requises.

A travers cette première garantie, l'article 26 du Pacte offre une protection contre le risque d'arbitraire. Il pourrait ainsi amener le Comité à contrôler le caractère objectivement et raisonnablement justifié de toute mesure prise par les autorités publiques d'un Etat partie, même lorsque – en l'absence d'une catégorie identifiable de victimes de la discrimination – la dimension proprement discriminatoire du comportement arbitraire n'apparaît pas d'évidence. Cette lecture étendue de l'article 26 du Pacte, dont l'impact serait d'autant plus important dès lors qu'il s'applique de manière autonome – sans devoir être mis en relation avec une autre disposition du Pacte –, ne paraît cependant pas l'avoir emporté. Dans l'affaire *Gauthier c. Canada*, l'auteur de la communication, directeur d'un journal d'actualité parlementaire, avait demandé à adhérer à un organisme appelé la Tribune de la presse parlementaire, à laquelle a été délégué le pouvoir de délivrer les accréditations requises pour entrer dans l'enceinte du Parlement. Ceci lui fut refusé sans possibilité de remettre en cause ce refus. Or, le laissez-passer provisoire qui lui fut accordé ne lui donnait, en comparaison, que des privilèges restreints, le privant notamment de la possibilité de recevoir systématiquement les communiqués de presse. Le Comité a finalement conclu à l'irrecevabilité la communication de l'auteur en tant que celle-ci dénonçait une violation de l'article 26 du Pacte, cette allégation n'ayant pas été suffisamment étayée selon la majorité des membres du Comité.⁵⁴ Cependant, dans une opinion partiellement dissidente, quatre membres du Comité se sont désolidarisés de ce point de vue, estimant que l'égalité devant la loi à laquelle se réfère l'article 26 du Pacte "signifie que l'application des lois et règlements comme des décisions administratives par les pouvoirs publics ne devrait pas être arbitraire mais fondée sur des motifs clairs et cohérents, garantissant l'égalité de traitement. Il était arbitraire de refuser à l'auteur, qui est journaliste et tente de rendre compte des débats parlementaires, l'accès aux installations de presse du Parlement sans en donner précisément les raisons. En outre, aucune procédure d'examen par recours n'était possible."⁵⁵ Les difficultés liées à cette dernière position ont été bien identifiées par M.

⁵³ C. n° 819/98, *Kavanagh c. Irlande*, D. du 4 avril 2001, CCPR/C/71/D/819/1998 (2001), para. 10.2.

⁵⁴ C. n° 633/1995, *Gauthier c. Canada*, D. du 7 avril 1999, CCPR/C/65/D/633/1995 (1999), para. 13.2. Le Comité conclut cependant à la violation de l'article 19 du Pacte, qui garantit la liberté d'expression. Dans sa décision de recevabilité du 10 juillet 1997, le Comité avait d'abord admis la recevabilité de la communication y compris sur le terrain des articles 22 (droit d'association) et 26 du Pacte.

⁵⁵ Opinion individuelle commune, en partie dissidente, de Lord Colville, Mme Elizabeth Evatt, Mme Cecilia Medina Quiroga et M. Hipólito Solari Yrigoyen. M. Bhagwati, un cinquième membre du Comité, aurait été jusqu'à conclure à une violation de l'article 26 dans le chef de M. Gauthier : "En l'occurrence, le fondement du traitement différent réservé à un journaliste comme l'auteur - qui s'est vu dénier l'accès - et aux journalistes qui se sont vu octroyer l'accès était l'appartenance à une organisation privée, à savoir la Tribune de la presse, fondement qui n'offrait aucun lien rationnel ni pertinent avec l'objet de l'accréditation". Ce point de vue est rejoint, en substance, par M. M. Rajsoomer Lallah dans son opinion en partie dissidente, pour qui la délégation de pouvoirs de l'État partie au bénéfice exclusif d'une association privée (la Tribune de la presse

D. Kretzmer, dans son opinion également en partie dissidente : "...il n'est pas suffisant, pour étayer une violation de l'article 26, de se contenter de déclarer qu'aucune raison n'a été donnée à l'appui d'une décision. En outre, il me semble que l'allégation présentée par l'auteur au titre de l'article 26 n'est pour l'essentiel qu'une réaffirmation de l'allégation qu'il a faite au titre de l'article 19. Elle revient à dire que l'auteur s'est vu refuser l'accès à la tribune de la presse alors que d'autres y étaient admis. Reconnaître que ceci constitue une violation de l'article 26 semblerait impliquer que dans presque tous les cas où les droits de l'individu au titre d'autres articles du Pacte sont violés, il y a aussi violation de l'article 26".

2/ L'égalité de protection de la loi

Deuxièmement, l'article 26 du Pacte dit que toutes les personnes "ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi". Ainsi que l'atteste le rejet, au cours des travaux préparatoires du Pacte, d'un amendement proposé par le Brésil dans le cadre des discussions qui se sont tenues en 1961 au sein de la troisième commission de l'Assemblée générale⁵⁶, qui aurait consisté à introduire l'expression "par conséquent" entre la formulation de la garantie de l'égalité "devant la loi" et la garantie à "une égale protection de la loi"⁵⁷, ce sont là des garanties distinctes, qui ne s'impliquent pas nécessairement l'une l'autre. Alors que la règle qui garantit l'égalité devant la loi s'adresse aux responsables de l'application des lois au sein de l'Exécutif ou du Judiciaire, la règle qui garantit à tous une égale protection de la loi s'adresse au Législateur. Elle interdit les lois discriminatoires, c'est-à-dire qui opèrent des différences de traitement entre catégories de destinataires qui n'ont pas de justification objective et raisonnable (discrimination directe), ou bien qui, bien que d'apparence neutres, entraînent une discrimination du fait de leur impact disproportionné sur une certaine catégorie de personnes (discrimination indirecte).

De nombreux exemples peuvent illustrer cette garantie de l'article 26 du Pacte. Ainsi que le relevait l'expert Bouziri, cette disposition est violée dans une situation comme celle qui s'est présentée au Comité dans l'affaire *Lovelace c. Canada* : la loi canadienne (*Indian Act*) prévoyait que la femme indienne épousant un non-Indien perd son statut de membre de la minorité indienne avec les droits spécifiques s'y trouvant attachés, alors que pareille conséquence ne frappe pas, dans une situation identique, l'homme indien qui choisit de se marier avec une non-Indienne, ce qui constitue une discrimination directement fondée sur le sexe et ne saurait en principe être admis⁵⁸. La jurisprudence du Comité comprend de nombreux autres exemples où pareilles discriminations fondées sur le sexe ont pu être constatées, en particulier dans les domaines de la sécurité sociale suite à la reconnaissance de l'autonomie de l'article 26 du Pacte⁵⁹. Dans l'affaire *Müller et Engelhard c. Namibie*, confronté à une législation prévoyant que l'épouse étrangère d'un homme de nationalité namibienne adopte automatiquement le patronyme de son mari, alors que l'époux étranger d'une femme namibienne ne peut prendre le nom de celle-ci que moyennant des démarches administratives lourdes, le Comité a souligné que seules des raisons particulièrement fortes pouvaient justifier des différences de traitement fondées directement sur le sexe, ajoutant que "Compte tenu de l'importance que revêt le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes, l'argument puisé à une longue tradition ne saurait être admis

parlementaire) entraîne "une inégalité de traitement entre les membres de l'association et les journalistes qui n'en sont pas membres". Au total, ce sont donc six membres du Comité qui auraient souhaité que le celui-ci prête attention à l'existence d'une discrimination potentielle dans le chef de M. Gauthier. Bien que MM. Bhagwati et Lallah identifient explicitement que cette discrimination aurait été subie par M. Gauthier en tant que membre d'une catégorie déterminée (les journalistes non membres de la Tribune de la presse parlementaire), ceci ne semble pas décisif : par définition, tout traitement arbitraire refuse à certains l'avantage qui est reconnu à d'autres, de manière telle qu'il est toujours possible d'identifier une catégorie défavorisée (comprenant l'ensemble des personnes auxquels un avantage est refusé) par rapport à la catégorie privilégiée.

⁵⁶ A/C.3/L.945. Pour des développements, voy. notamm. M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, op. cit., pp. 606-607.

⁵⁷ Cette proposition correspond à la formule de l'article 24 de la Convention américaine des droits de l'homme : "Toutes les personnes sont égales devant la loi. Par conséquent elles ont toutes droit à une protection égale de la loi, sans discrimination d'aucune sorte".

⁵⁸ C. n° 24/1977, *Sandra Lovelace c. Canada*, D. du 30 juillet 1981, doc. ONU CCPR/C/13/D/24/1977 (1981).

⁵⁹ Voy. ci-dessus, I., B, le commentaire des affaires *Broeks et Zwaan-de Vries* sur lesquelles le Comité s'est prononcé en 1987.

comme constituant une justification générale pour une différence de traitement entre les hommes et les femmes qui est contraire au Pacte. Le fait de subordonner la possibilité de choisir de prendre pour nom de famille le nom de son épouse à des conditions beaucoup plus strictes et à des procédures plus lourdes que l'alternative (le fait de choisir de prendre le nom de l'époux) ne saurait être jugé raisonnable; à tout le moins, le motif invoqué à l'appui de cette différence de traitement n'a pas une importance suffisante, de nature à l'emporter sur l'interdiction de principe d'adopter une approche fondée sur le genre⁶⁰.

Si l'on excepte l'affaire *Gueye et autres* qui concernait une discrimination fondée sur la nationalité dans le calcul des pensions des militaires de carrière ayant servi dans l'armée française – sur laquelle on revient ci-après⁶¹ –, c'est sans doute l'affaire *Foin c. France* qui a retenu le plus fortement l'attention dans ce pays. Objecteur de conscience, M. Foin avait été affecté à un service civil dans le parc naturel national de la Camargue, pour une durée de deux ans en principe, comme le prévoyait le paragraphe 6 de l'article 116 du Code du service national. Or, au bout d'un an de service, M. Foin avait quitté son lieu d'affectation, invoquant la discrimination liée, selon lui, au fait que les objecteurs de conscience doivent effectuer un service national d'une durée de deux ans, tandis que le service militaire n'excédait pas un an. Poursuivi pour désertion, M. Foin fut condamné à une peine de huit mois d'emprisonnement avec sursis et retrait de son statut d'objecteur de conscience. Encouragé sans doute par le fait que la France avait modifié sa législation depuis la date des faits pour lesquels M. Foin avait été poursuivi, le Comité conclut à l'existence d'une discrimination :

... le Comité reconnaît que la loi et la pratique peuvent instituer des différences entre le service militaire et le service national de remplacement et que de telles différences, peuvent dans un cas particulier, justifier un service plus long à condition que la différenciation soit fondée sur des critères raisonnables et objectifs tels que la nature du service dont il est question ou la nécessité de subir un entraînement spécial pour pouvoir accomplir ce service. Toutefois, en l'espèce, les motifs invoqués par l'État partie ne sont pas fondés sur de tels critères ou mentionnent lesdits critères dans des termes généraux qui ne s'appliquent pas spécifiquement au cas de l'auteur, reposant plutôt sur l'argument selon lequel le doublement de la durée du service était le seul moyen de s'assurer de la sincérité des convictions de l'intéressé. Le Comité est d'avis qu'un tel argument ne remplit pas la condition selon laquelle la différence de traitement doit être fondée sur des critères raisonnables et objectifs. Dans ces circonstances, le Comité estime qu'il y a eu violation de l'article 26 dès lors que l'auteur a été victime d'une discrimination du fait de son objection de conscience.⁶²

Cette conclusion a pu prendre par surprise l'Etat auquel elle s'adressait, compte tenu de la prise de position antérieure du Comité dans l'affaire *Järvinen c. Finlande*, dans laquelle le Comité avait estimé que la durée de 16 mois du service de substitution imposé aux objecteurs de conscience en Finlande, comparée à celle de huit mois du service militaire, soit le double, n'était "ni déraisonnable, ni répressive"⁶³. En outre, contrairement à ce que le Comité laisse entendre, ce n'est pas uniquement en tant que "moyen d'assurer de s'assurer de la sincérité des convictions" des candidats à l'objection de conscience que le doublement de la durée du service était justifiée⁶⁴; cette différence de traitement

⁶⁰ C. n° 919/2000, *Müller et Engelhard c. Namibie*, D. du 28 mars 2002, doc. ONU CCPR/C/74/D/919/2000 (2002), para. 6.8. (traduction libre).

⁶¹ Voy. également ci-dessus, n. 38 et texte correspondant.

⁶² C. n° 666/1995, *Foin c. France*, D. du 3 novembre 1999, doc. ONU CCPR/C/67/D/666/1995 (1999).

⁶³ C. n° 295/1988, *Järvinen c. Finlande*, D. du 25 juillet 1990, doc. ONU CCPR/C/39/D/295/1988 (1990). Voy. plus récemment les Observations finales du Comité des droits de l'homme sur la Finlande, du 2 décembre 2004 (CCPR/CO/82/FIN), où, faisant référence aux articles 18 (liberté de religion) et 26 du Pacte, le Comité dit que la Finlande "devrait pleinement reconnaître le droit à l'objection de conscience, et donc le garantir tant en période de guerre que de paix, et devrait mettre fin au caractère discriminatoire à la fois de la durée du service civil de remplacement et des catégories bénéficiaires" (para. 14).

⁶⁴ Vérifier la sincérité des convictions pacifistes des candidats à l'objection de conscience peut être délicat et impliquer, notamment, des ingérences dans le droit au respect de la vie privée de l'intéressé, si ses déclarations doivent être contrôlées. L'imposition d'une durée du service alternatif plus longue que celle du service militaire permet d'éviter ce type d'enquête, au départ de la présomption que seuls demanderont à bénéficier du service alternatif ceux dont les convictions sont sincères.

reposait également sur la considération que le service militaire imposait des contraintes que n'implique pas le service civil – notamment le fait de se subordonner à une discipline militaire et de ne pas pouvoir choisir un emploi en rapport avec ses compétences professionnelles –, et qu'ainsi, loin de présenter un caractère “punitif”, le doublement de la durée du service visait à instaurer un certain équilibre entre les deux options⁶⁵. La jurisprudence *Foin* n'en a pas moins été réaffirmée à plusieurs reprises, suscitant chaque fois des réserves de la part de plusieurs membres du Comité⁶⁶.

Ce n'est pas uniquement la différence de traitement entre les objecteurs de conscience bénéficiant de la possibilité d'effectuer un service civil en remplacement du service militaire, d'une part, et les personnes soumises à l'obligation du service militaire, d'autre part, qui est susceptible d'être jugée discriminatoire. L'exigence de non-discrimination de l'article 26 du Pacte s'impose également au moment de déterminer qui peut revendiquer le bénéfice de l'objection de conscience. Ainsi, pourrait constituer une discrimination interdite par l'article 26 du Pacte – ici encore, au titre de l'“égale protection de la loi” que reconnaît cette disposition – le fait de réserver aux seuls Témoins de Jéhovah la possibilité d'être exempté de tout service militaire ou d'un service de remplacement, tout en refusant le bénéfice de pareille exemption à d'autres catégories d'objecteurs de conscience dont les convictions s'opposeraient pareillement à tout type de service militaire ou civil. Dans l'affaire *Brinkhof*,⁶⁷ les Pays-Bas prétendaient justifier cette différence de traitement par la circonstance que « les Témoins de Jéhovah forment un groupe social très uni et régi par des règles de comportement très strictes, et que le fait d'appartenir à ce groupe établit à suffisance que les objections formulées à l'encontre du service militaire et du service civil de remplacement sont fondées sur des convictions religieuses authentiques » (para. 9.2.). Le Comité considéra cependant que le fait de n'accorder l'exemption qu'à une seule catégorie d'objecteurs de conscience et de la refuser à toutes les autres ne peut être considéré comme raisonnable. Il jugea que « lorsqu'un État partie reconnaît le droit à l'objection de conscience au service militaire, il ne doit pas faire de différence entre les objecteurs de conscience en fonction de la nature de leurs convictions respectives » (para. 9.3.). En l'espèce cependant, il considéra que l'auteur de la communication n'avait pas démontré que ses convictions pacifistes étaient incompatibles avec le système de service de remplacement des Pays-Bas ni que le traitement spécial réservé aux Témoins de Jéhovah constituait une atteinte à ses droits en tant qu'objecteur de conscience au service militaire ; il estima donc que M. Brinkhof n'est pas victime d'une violation de l'article 26 du Pacte.

3/ L'interdiction de toute discrimination

L'article 26 prévoit une troisième garantie, selon laquelle la loi doit “interdire toute discrimination”. Il impose ainsi au législateur une obligation positive : celle de s'assurer que la discrimination sera déclarée punissable, et qu'ainsi les particuliers seront protégés vis-à-vis des actes discriminatoires commis, aussi bien par des agents de l'Etat que par d'autres particuliers⁶⁸. Pareille obligation

Ceci évite que le système du service alternatif fasse l'objet d'abus, tout en dispensant l'Etat de devoir recourir à des moyens potentiellement attentatoires au droit au respect de la vie privée afin de vérifier la sincérité des convictions des candidats objecteurs de conscience.

⁶⁵ En ce sens, voy. l'opinion individuelle séparée (dissidente) de MM. Ando, Klein et Kretzmer à la décision adoptée par le Comité dans l'affaire *Foin c. France*.

⁶⁶ C. n° 689/1996, *Maille c. France*, D. du 10 juillet 2000, doc. ONU CCPR/C/69/D/689/1996 (2000) (avec une opinion individuelle commune (dissidente) de MM. Ando, Klein, Kretzmer et Zakhia); C. n° 690 et 691/1996, *Venier et Nicolas c. France*, D. du 10 juillet 2000, doc. ONU CCPR/C/69/D/690/1996 (2000) (idem). Comme l'affaire *Foin*, ces communications ont été introduites par Me François Roux.

⁶⁷ C. n° 402/1990, *H.A.G.M. Brinkhof c. Pays-Bas*, D. du 27 juillet 1993 sur le bien-fondé, Sélection, vol. 5, p. 60.

⁶⁸ L'article 26 du Pacte énonce que : “Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. *A cet égard*, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination...”. L'expression “à cet égard” par laquelle débute la seconde phrase de l'article 26 du Pacte résulte d'une proposition d'amendement introduite par le Royaume-Uni et la Grèce lors des discussions qui se sont tenues devant la troisième commission de l'Assemblée générale en 1961, sur la base du projet de texte présenté par la Commission des droits de l'homme. La version de l'article 26 du Pacte alors en discussion n'incluait cependant pas encore, au moment de l'introduction de l'amendement gréco-britannique, l'obligation de garantir une “égale protection de la loi”, qu'une proposition d'amendement introduite par l'Inde n'a insérée que postérieurement. Lorsque le

découle déjà, en ce qui concerne la discrimination raciale, de l'article 2 § 1, d), de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, aux termes duquel "Chaque Etat partie doit, par tous les moyens appropriés, y compris, si les circonstances l'exigent, des mesures législatives, interdire la discrimination raciale pratiquée par des personnes, des groupes ou des organisations et y mettre fin".⁶⁹ Elle a été renforcée, en ce qui concerne l'interdiction de la discrimination envers les femmes, par l'obligation imposée dans la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979 d'adopter "des mesures législatives et d'autres mesures appropriées assorties, y compris des sanctions en cas de besoin, interdisant toute discrimination à l'égard des femmes" (article 2, b)), et de "prendre toutes mesures appropriées pour éliminer la discrimination pratiquée à l'égard des femmes par une personne, une organisation ou une entreprise quelconque" (article 2, e)).⁷⁰ L'obligation de prendre des mesures visant à combattre cette dernière forme de discrimination découle également, au sein même du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, des articles 2 et 3 de celui-ci, dont le Comité des droits de l'homme a déduit qu'ils imposaient aux États parties une 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'égalité dans l'exercice des droits tant dans le secteur public que dans le secteur privé".⁷¹ L'Observation générale n°28 adoptée par le Comité à propos de l'article 3 du Pacte, qui garantit l'égalité des droits entre hommes et femmes, précise que "L'égalité devant la loi et l'interdiction de la discrimination, énoncées à l'article 26, exigent des États qu'ils luttent contre la discrimination par des organismes publics et privés dans tous les domaines. (...) Les États parties devraient passer en revue leur législation et leurs pratiques et prendre toutes les mesures nécessaires pour éliminer la discrimination à l'encontre des femmes dans tous les domaines, par exemple en interdisant toute discrimination par des acteurs privés dans des domaines comme l'emploi, l'éducation, les activités politiques et la fourniture de logements, de biens et de services".⁷²

Il ne sera pas toujours aisé de définir les limites au-delà desquelles le principe de non-discrimination ne s'applique plus. Le paragraphe 1er de l'article 1 de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale définit la discrimination raciale prohibée comme toute pratique qui "a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales *dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique*". De manière encore plus précise, en définissant l'étendue de l'obligation positive des Etats parties au Protocole n°12 à la Convention européenne des droits de l'homme de protéger les particuliers sous leur juridiction de toute forme de discrimination, le Rapport explicatif dudit protocole indique 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. Il est entendu que les affaires purement privées ne seraient pas affectées. La réglementation de telles affaires serait également susceptible d'interférer avec le droit de chacun au

Royaume-Uni et la Grèce introduisirent leur proposition d'amendement, l'intention en était de limiter l'impact de la seconde phrase de l'article, en indiquant que le législateur devait interdire toute discrimination et garantir une protection contre la discrimination, celle-ci étant entendue comme "égalité devant la loi" : cette proposition était ainsi d'aboutir un texte énonçant que "Toutes les personnes sont égales devant la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination (...)". La version définitive du texte résulte de l'adoption successive, par 68 voix contre une avec huit abstentions, de l'amendement indien, puis de l'amendement gréco-britannique par 36 voix contre 30 avec 11 abstentions. Cependant, l'incise "à cet égard", telle qu'elle apparaît dans le texte finalement adopté, peut constituer une source de confusion : l'on saisit mal en effet comment le législateur pourrait interdire toute discrimination résultant de ce que la loi ne garantit pas une égale protection à tous.

⁶⁹ Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée et ouverte à la signature et à la ratification par l'Assemblée générale dans sa résolution 2106 A(XX) du 21 décembre 1965.

⁷⁰ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 34/180 du 18 décembre 1979.

⁷¹ Comité des droits de l'homme, *Observation générale n°28 : Egalité des droits entre hommes et femmes (Art. 3)*, adoptée le 29 mars 2000 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.10), para. 4.

⁷² Comité des droits de l'homme, *Observation générale n°28*, para. 31.

respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance, garanti par l'article 8 de la Convention"⁷³. En définitive, si l'obligation pour l'Etat d'adopter des mesures de lutte contre la discrimination s'étend au-delà des seuls actes des agents publics pour s'étendre aux discriminations ayant leur source directe dans les comportements d'agents privés, cette obligation ne va pas au-delà de la sphère "semi-publique" des activités qui ne sont pas de nature purement privée ou familiale. La liberté des acteurs devra l'emporter là où l'intervention de l'Etat afin d'imposer le respect de la règle de non-discrimination serait disproportionnée, au regard du respect dû au droit à l'auto-détermination de chaque individu et au droit au respect de la vie privée et familiale. Il n'est pas aisé de définir cette frontière de manière théorique. Ainsi, tandis que les domaines de l'emploi, de l'éducation ou du logement, paraissent devoir être situés en principe dans cette sphère "semi-publique" où s'impose le respect de la règle de non-discrimination, il pourrait ne pas en aller ainsi dans toutes les circonstances, par exemple s'agissant du recrutement des employés de maison⁷⁴. Inversément, tandis qu'on pourra admettre que certains groupes se constituent selon les affinités qui existent entre leurs membres, voire sur la base de critères suspects tels que la religion ou l'origine ethnique, une telle situation devient problématique dès lors que ces groupes jouent un rôle important dans la vie publique ou politique d'une communauté.

4/ La protection contre toute discrimination

Enfin, quatrième, l'article 26 du Pacte impose à l'Etat de "garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination". L'interdiction formelle de la discrimination ne suffit pas : il faut encore que cette interdiction soit accompagnée de mesures positives assurant une égalité en fait entre différents groupes sociaux, et l'intégration effective des groupes désavantagés de la société. Le Comité invite ainsi les Etats à indiquer dans leurs rapports "s'il se pose encore des problèmes liés à une discrimination de fait, de la part, soit des pouvoirs publics ou de la communauté, soit des particuliers ou des organismes privés", et demande à être informé des "dispositions législatives et des mesures administratives qui visent à réduire ou à éliminer cette discrimination"⁷⁵. Il relève en outre :

...l'application du principe d'égalité suppose parfois de la part des États parties l'adoption de mesures en faveur de groupes désavantagés, visant à atténuer ou à supprimer les conditions qui font naître ou contribuent à perpétuer la discrimination interdite par le Pacte. Par exemple, dans les États où la situation générale de certains groupes de population empêche ou compromet leur jouissance des droits de l'homme, l'État doit prendre des mesures spéciales pour corriger cette situation. Ces mesures peuvent consister à accorder temporairement un traitement préférentiel dans des domaines spécifiques aux groupes en question par rapport au reste de la population. Cependant, tant que ces mesures sont nécessaires pour remédier à une discrimination de fait, il s'agit d'une différenciation légitime au regard du Pacte.⁷⁶

Il est admis que les mesures d'action affirmative, y compris lorsqu'elles consistent à accorder un traitement préférentiel aux membres de certaines catégories de la population pour compenser des désavantages subis par le passé ou des inégalités présentes, ou pour garantir une représentation suffisamment équilibrée des différentes composantes de la société, par exemple, dans l'enseignement, dans l'administration ou les médias, constitue une différenciation légitime, et ne saurait par

⁷³ Rapport explicatif au Protocole n°12 à la Convention européenne des droits de l'homme, § 28.

⁷⁴ Voy. par ex. C.J.C.E., 8 novembre 1983, *Commission c. Royaume-Uni*, 165/82, *Rec.*, p. 3431 (où la Cour de justice relève, à propos de l'exception que prévoit le Sex Discrimination Act de 1975 à l'interdiction générale de la différence de traitement fondée sur le sexe en ce qui concerne les emplois dans les résidences privées (*private households*), que le sexe peut constituer une condition déterminante : l'exception que prévoit la loi britannique pour ce qui concerne l'emploi dans une résidence privée "vise à concilier le principe de l'égalité de traitement avec celui, également fondamental, du respect de la vie privée" (para. 13)).

⁷⁵ Comité des droits de l'homme, Observation générale n°18, para. 9.

⁷⁶ Observation générale n°18, para. 10.

conséquent être dénoncée comme une discrimination⁷⁷. Ceci a été confirmé par le Comité dans l'affaire *Stalla Costa c. Uruguay*, où l'auteur de la communication dénonçait la réintégration des agents de l'État qui avaient été licenciés abusivement pour des raisons idéologiques, politiques ou syndicales, en arguant que le traitement préférentiel dont ceux-ci bénéficient avait hypothéqué de manière injuste ses propres chances d'accéder à la fonction publique. Le Comité a estimé que la discrimination alléguée constituait une mesure de réparation acceptable en faveur d'un groupe antérieurement défavorisé⁷⁸. Plus récemment, dans l'affaire *Guido Jacobs c. Belgique*, l'auteur de la communication alléguait l'incompatibilité avec l'article 26 du Pacte de plusieurs aspects de la loi belge du 22 décembre 1998, notamment les conditions de nomination de membres non-magistrats du Conseil supérieur de la justice, pour lequel M. Jacobs s'était porté candidat⁷⁹. Le Conseil supérieur de la justice est composé de 44 membres, répartis en un collège néerlandophone de 22 membres et un collège francophone de 22 membres. Chaque collège compte 11 magistrats et 11 non-magistrats. La loi prévoit que le groupe des non-magistrats compte, par collège, au moins quatre membres de chaque sexe. Un premier appel à candidatures n'ayant pas permis de recevoir un nombre suffisant de candidatures de femmes, un second appel à candidatures fut lancé, au terme duquel la sélection opérée n'avait pas retenu la candidature de M. Jacobs. La communication de celui-ci alléguait que l'introduction de la condition d'appartenance à un sexe particulier rendait impossible l'obligation de comparaison des compétences des candidats au Conseil supérieur de la justice, et que le critère de la sexospécificité impliquait que des candidats ayant de meilleures qualifications seront exclus au profit de ceux dont l'unique qualité est l'appartenance à un autre sexe. Le Comité rejette cependant l'allégation de violation de l'article 26 du Pacte. Il relève d'abord que l'affirmation de l'auteur selon laquelle l'insuffisance de candidatures féminines lors du premier appel prouverait l'absence d'inégalité entre hommes et femmes, n'est "pas convaincante" : cette situation en effet "peut révéler au contraire la nécessité de sensibiliser les femmes à postuler à des fonctions publiques, tel le Conseil supérieur de la justice, ainsi que de prendre des mesures à cet égard". Considérant en outre que le fait de pouvoir disposer de la perspective de membres féminins au sein du Conseil supérieur de la justice se justifie "eu égard aux responsabilités de l'appareil judiciaire", le Comité conclut que l'exigence de disposer d'au moins quatre membres de chaque sexe parmi les non-magistrats au sein de chacun des collèges est objective et raisonnable. Il ajoute que l'obligation faite d'avoir au moins 4 candidats de chaque sexe parmi les 11 non-magistrats nommés, à savoir un peu plus d'un tiers des candidats retenus, "n'aboutit pas à une limitation disproportionnée du droit des candidats d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques. Par ailleurs, (...) le critère de la sexospécificité n'exclut pas celui de la compétence, étant à cet égard précisé que tous les candidats non magistrats doivent avoir au moins 10 ans d'expérience". En conclusion, le Comité constate "un rapport raisonnable de proportionnalité entre l'objectif du critère, à savoir la promotion de l'égalité entre hommes et femmes au sein des organes consultatifs; le moyen utilisé et ses modalités (...); et l'un des objectifs essentiels de la loi qui est de disposer d'un Conseil supérieur composé de personnes compétentes"⁸⁰. Il est permis de supposer que l'appréciation finale du Comité quant à la proportionnalité de la mesure d'action positive en cause a été influencée par la prise de position très nette du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, dans sa Recommandation générale n°23 de 1997, en faveur d'une politique de quotas permettant d'améliorer la représentation des femmes dans les organes publics, ce Comité allant jusqu'à préconiser "l'adoption d'une règle selon laquelle la représentation de chacun des deux sexes ne

⁷⁷ Voy. généralement : *La notion d'action positive et son application pratique*, Rapport final présenté par M. Marc Bossuyt, Rapporteur spécial, en application de la résolution 1998/5 de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, doc. ONU E/CN.4/Sub.2/2002/21, 17 juin 2002.

⁷⁸ C. n° 198/1985, *Stalla Costa c. Uruguay*, D. du 9 juillet 1987, CCPR/C/30/D/198/1985 (1987). La position du Comité est que "Taking into account the social and political situation in Uruguay during the years of military rule, in particular the dismissal of many public servants pursuant to Institutional Act No. 7 [of 1977], the Committee understands the enactment of Act No. 15.737 of 22 March 1985 by the new democratic Government of Uruguay as a measure of redress. Indeed, the Committee observes that Uruguayan public officials dismissed on ideological, political or trade-union grounds were victims of violations of article 25 of the Covenant and as such are entitled to have an effective remedy under article 2, paragraph 3 (a), of the Covenant. The Act should be looked upon as such a remedy".

⁷⁹ C. n° 943/2000, *G. Jacobs c. Belgique*, D. du 7 juillet 2004, doc. ONU CCPR/C/81/D/943/2000 (2004).

⁸⁰ Para. 9.4. et 9.5.

devrait pas être inférieure à 40 % dans la composition d'un organisme public"⁸¹. Il n'aurait guère été convenable que le Comité des droits de l'homme qualifie de discriminatoire une disposition législative qui peut être considérée comme découlant de la mise en oeuvre, par la Belgique, des obligations qui lui sont imposées dans le cadre de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

Sous réserve qu'elles prennent la forme de mesures nécessaires et appropriées à la réalisation d'un objectif légitime tel que celui de compenser des injustices passées, de remédier aux inégalités existantes ou de promouvoir une représentation équilibrée au sein de certains organes ou à certains niveaux de la hiérarchie professionnelle, les actions positives sont par conséquent acceptables au regard de l'article 26 du Pacte. Dans le cadre de la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, comme dans celui de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, les mesures d'action positive sont explicitement admises, à condition toutefois qu'elles demeurent limitées dans le temps, et strictement proportionnées à l'inégalité à combattre⁸². Plus controversée est en revanche la question de savoir quand l'adoption de mesures d'action positive est obligatoire, compte tenu de la nécessité de combattre certaines inégalités structurelles. Le passage cité de l'Observation générale n°18 du Comité des droits de l'homme indique qu'il peut exister des situations où l'Etat est tenu de prendre de telles mesures⁸³. L'affirmation de pareille obligation, d'ailleurs, est conforme à ce que prévoit, dans son domaine d'application propre, l'article 2 § 2 de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale⁸⁴. Ces circonstances, qui définissent ce qu'on peut appeler une situation de discrimination structurelle (là où "la situation générale de certains groupes de population empêche ou compromet leur jouissance des droits de l'homme", comme l'écrit le Comité), demeurent malaisées à définir⁸⁵. Elles paraissent exister dans le cas des Roms, compte tenu de l'ampleur de l'exclusion dont ceux-ci sont victimes dans les domaines de l'éducation, du logement, de la santé et de l'emploi⁸⁶. Mais

⁸¹ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Recommandation générale n°23 : La vie politique et publique* (1997), para. 29.

⁸² Aux termes de l'article 1 § 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale : "Les mesures spéciales prises à seule fin d'assurer comme il convient le progrès de certains groupes raciaux ou ethniques ou d'individus ayant besoin de la protection qui peut être nécessaire pour leur garantir la jouissance et l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans des conditions d'égalité ne sont pas considérées comme des mesures de discrimination raciale, à condition toutefois qu'elles n'aient pas pour effet le maintien de droits distincts pour des groupes raciaux différents et qu'elles ne soient pas maintenues en vigueur une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient". L'article 4 § 1er de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes dit que "L'adoption par les Etats parties de mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes n'est pas considérée comme un acte de discrimination tel qu'il est défini dans la présente Convention, mais ne doit en aucune façon avoir pour conséquence le maintien de normes inégales ou distinctes; ces mesures doivent être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chances et de traitement ont été atteints". Sur l'interprétation de cette disposition par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, voy. la *Recommandation générale No 25 concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, portant sur les mesures temporaires spéciales* (2004). En doctrine, voy. I. Boerefijn, F. Coomans, J. Goldschmidt, R. Holtmaat et R. Wolleswinkel (éd.), *Temporary Special Measures. Accelerating de facto equality of women under Article 4(1) UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Intersentia, Antwerpen-Oxford-New York, 2003, 258 pages (reprenant les actes d'une rencontre tenue à Maastricht en octobre 2002).

⁸³ En ce sens, voy. A. Bayefsky, "The Principle of Equality and Non-Discrimination in International Law", *Human Rights Law Journal*, vol. 11 (1990), pp. 1 ss., ici p. 30.

⁸⁴ Cette disposition prévoit que "Les Etats parties prendront, si les circonstances l'exigent, dans les domaines social, économique, culturel et autres, des mesures spéciales et concrètes pour assurer comme il convient le développement ou la protection de certains groupes raciaux ou d'individus appartenant à ces groupes en vue de leur garantir, dans des conditions d'égalité, le plein exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ces mesures ne pourront en aucun cas avoir pour effet le maintien de droits inégaux ou distincts pour les divers groupes raciaux, une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient".

⁸⁵ Voy. cependant une référence à la notion de "discrimination systémique" des femmes au Kenya, dans les observations finales adoptées le 29 avril 2005 par le Comité (CCPR/CO/83/KEN, para. 10).

⁸⁶ Dans sa Recommandation générale XVII sur la discrimination à l'égard des Roms, adoptée le 16 août 2000, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale recommande aux Etats, notamment, de "prendre des mesures spéciales destinées à promouvoir l'emploi des Roms dans l'administration et les institutions publiques, ainsi que dans les entreprises privées" (§ 28) et de "prendre les mesures nécessaires, y compris des dispositions spéciales, pour assurer aux minorités ou groupes roms l'égalité de chances en matière de participation à l'ensemble des organes d'État à l'échelon central et local" (§ 41).

à défaut d'une compréhension plus précise du phénomène de discrimination structurelle et du seuil à partir duquel des mesures positives sont requises de la part de l'Etat, il est difficile de définir avec précision le moment à partir duquel une telle obligation peut leur être imposée, ainsi que la nature de la réaction appropriée.

III – Commentaires spécifiques sur certains motifs prohibés de discrimination

L'article 26 du Pacte garantit 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" (notre accent). L'énumération des motifs interdits de discrimination n'est donc qu'exemplative.⁸⁷ Tout au plus nous renseigne-t-elle sur le caractère particulièrement suspect que pourraient présenter aux yeux du Comité les différences de traitement fondées soit sur une condition permanente qui ne se trouve pas à la libre disposition de l'individu (telle que la race, la couleur, le sexe, la langue, l'origine nationale ou sociale, ou la naissance), soit sur l'exercice qu'un individu a fait d'un droit fondamental (tel que la liberté d'expression ou de religion), qui ne saurait en principe conduire à lui imposer des désavantages. Bien que l'article 26 du Pacte paraisse ne devoir entrer en jeu que dès l'instant où se présente une situation dans laquelle une catégorie de personnes se trouve désavantagée par rapport à une autre – il ne suffit pas qu'un individu soit traité de manière arbitraire, sans rattachement de l'individu à une catégorie déterminée⁸⁸ –, il n'est donc pas envisageable d'établir la liste de toutes les catégories protégées contre la discrimination interdite en vertu de l'article 26 du Pacte. En revanche, compte tenu des difficultés propres qu'elles peuvent présenter pour l'application de la règle de non-discrimination, deux critères de distinction – ceux liés respectivement à la nationalité et à l'état civil – appellent un commentaire spécifique.

Nationalité. Bien qu'elle ne figure pas parmi les motifs prohibés de discrimination énumérés à l'article 26 du Pacte, la nationalité constitue un critère de distinction qui ne saurait fonder une différence de traitement que dans la mesure où elle est susceptible d'une justification objective et raisonnable.⁸⁹ Dans l'affaire *Gueye et autres c. France*, les auteurs de la communication alléguaient une discrimination résultant du fait que la loi française prévoyait un mode de calcul des pensions, différent pour les militaires de carrière retraités de nationalité sénégalaise, qui ont servi dans l'armée française avant l'indépendance du Sénégal en 1960 et qui reçoivent des pensions inférieures à celles dont bénéficient les militaires de carrière retraités français de nationalité française, le montant des pensions des retraités de nationalité sénégalaise se trouvant gelé à son niveau du 1er janvier 1975. Le Comité relève que les auteurs de la communication "avaient servi dans les forces armées françaises dans les mêmes conditions que les citoyens français; pendant les 14 ans qui ont suivi l'indépendance du Sénégal, ils ont bénéficié du même traitement que leurs homologues français aux fins des droits à pension, malgré leur nationalité sénégalaise et non française. Un changement ultérieur de nationalité ne peut en soi être considéré comme une raison suffisante pour justifier une différence de traitement,

⁸⁷ Les formulations auxquelles recourt le Comité ne sont pas toujours aussi exemptes d'ambiguïté qu'on pourrait le souhaiter. Il en va ainsi de l'affirmation que l'article 26 du Pacte ne serait "pas applicable" à la différence de traitement entre les personnes en cours de service militaire et soumises au code de procédure pénale militaire, d'une part, les autres personnes, de l'autre, alors qu'en réalité, si le Comité écarte l'article 26 du Pacte, c'est en raison du caractère en principe justifié des différences de traitement établies entre ces deux catégories de personnes, s'agissant en particulier des recours qui leur sont ouverts contre des décisions privatives de liberté : voy. C. n° C. n° 267/1987, *M.J.G. c. Pays-Bas*, D. du 24 mars 1988 (CCPR/C/32/D/267/1987) (irrecevabilité); C. n° 245/1987, *R.T.Z. c. Pays-Bas*, D. du 5 novembre 1987 (irrecevabilité) ; C. n° 402/1990, *H.A.G.M. Brinkhof c. Pays-Bas*, D. du 25 mars 1992 (CCPR/C/48/D/402/1990) (irrecevabilité) (pour la décision du 27 juillet 1993 sur le bien-fondé portant sur d'autres aspects de la communication, voy. Sélection, vol. 5, p. 60, et le commentaire ci-dessus).

⁸⁸ Voy. sur ce point les commentaires consacrés à l'affaire *Gauthier c. Canada* (ci-dessus, texte correspondant aux notes 53 et 54, partie II., B, 1),

⁸⁹ Ceci ne signifie pas pour autant qu'un Etat partie au Pacte ne pourrait choisir à qui il accorde sa nationalité, pour autant que les critères d'attribution ne soient pas discriminatoires : voy. Cass. fr. (1^{ière} chambre civile), arrêt du 25 mars 2003, pourvoi n° 01-02450, inédit (et déjà dans le même sens, parmi beaucoup d'autres, Cass. (1^{ière} chambre civile), arrêt du 19 novembre 2002, pourvoi n° 01-02138, inédit, rejetant le pourvoi introduit contre un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris (1^{ière} chambre, section C) le 25 novembre 1999) (où la Cour de cassation décide que « la détermination, par un Etat, de ses nationaux, par application d'une loi sur la nationalité, ne peut constituer une discrimination au sens du Pacte de New-York du 19 décembre 1966 sur les droits civils et politiques »).

vu que la base retenue pour l'octroi de la pension était les services identiques qu'avaient rendus les auteurs et les militaires qui étaient demeurés français. Les différences de situation économique, financière et sociale entre la France et le Sénégal ne peuvent pas non plus être invoquées comme justification légitime. Si l'on comparait le cas des militaires de nationalité sénégalaise à la retraite, vivant au Sénégal, et celui des militaires de nationalité française à la retraite vivant au Sénégal, il apparaîtrait qu'ils jouissent des mêmes conditions économiques et sociales. Toutefois, un régime différent leur serait appliqué aux fins des droits à pension. Enfin, le fait que l'Etat partie prétend qu'il ne peut plus effectuer les contrôles d'identité et de la situation de famille, requis pour prévenir les abus dans l'administration du régime des pensions, ne peut justifier une différence de traitement. De l'avis du Comité, de simples difficultés administratives ou la possibilité de certains abus en matière de droits à pension ne sauraient être invoquées pour justifier une inégalité de traitement⁹⁰. Le Comité conclut dès lors à l'existence d'une discrimination interdite par le Pacte.

Le Comité a rendu ultérieurement d'autres décisions constatant une discrimination fondée sur la nationalité ou sur le statut de résident permanent.⁹¹ Dans l'affaire *Karakurt c. Autriche*, tout en admettant que la réserve faite par l'Autriche lors de sa ratification ferait obstacle à ce qu'il examine une allégation de discrimination entre les Autrichiens et les étrangers, le Comité a considéré en revanche pouvoir conclure au caractère discriminatoire au sens de l'article 26 du Pacte d'une loi autrichienne réservant aux Autrichiens et aux nationaux des Etats membres de l'Espace économique européen la possibilité de siéger au sein d'un conseil d'entreprise (*Betriebsrat*): cette loi aboutit en effet à créer une différence de traitement entre deux catégories différentes d'étrangers, selon qu'ils soient des nationaux d'un Etat membre de l'EEE ou non.⁹²

L'idée que des différences de traitement fondées sur le seul critère de la nationalité peuvent présenter un caractère arbitraire et constituer par conséquent des discriminations est relativement nouvelle. L'article 1 § 2 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée le 21 décembre 1965, excepte d'ailleurs ces distinctions de l'interdiction de principe formulée à son § 1er.⁹³ La nationalité n'apparaît pas à l'époque comme un motif de distinction prohibé dans la plupart des instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Cependant, depuis les années 1990, cette position classique a subi une forte érosion. Plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ont abouti à la conclusion que "seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité"⁹⁴, érigeant ainsi la nationalité en un critère de distinction "suspect", acceptable seulement moyennant des justifications ayant un poids particulier. La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, du 18 décembre 1990, traduit également cette évolution, notamment en ce qu'elle contient plusieurs clauses garantissant à ses bénéficiaires qu'ils bénéficieront d'une égalité de traitement, dans des domaines énumérés, par rapport aux nationaux.⁹⁵ Le 1er octobre 2004, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a adopté Recommandation générale n° 30 concernant la discrimination contre les non-ressortissants dans laquelle il souligne que le paragraphe 2 de l'article

⁹⁰ C. n° 196/1985, *Ibrahima Gueye et diverses autres personnes c. France*, D. du 3 avril 1989, CCPR/C/35/D/196/1985, para. 9.5.

⁹¹ Voy. C. n° 516/1992, *Simunek c. République tchèque*, D. du 19 juillet 1995, CCPR/C/54/D/516/1992; C. n° 586/1994, *Adam c. République tchèque*, D. du 23 juillet 1996, CCPR/C/57/D/586/1994).

⁹² C. n° 965/2000, *Karakurt c. Autriche*, D. du 4 avril 2002.

⁹³ L'article 1er § 2 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale dit qu'elle "ne s'applique pas aux distinctions, exclusions, restrictions ou préférences établies par un Etat partie à la Convention selon qu'il s'agit de ses ressortissants ou de non-ressortissants". Lors de sa ratification du Pacte effectuée le 10 septembre 1978, l'Autriche a émis une réserve portant sur l'admissibilité des différences de traitement fondées sur la nationalité. Elle a fait référence à cet égard à l'article 1 § 2 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. La Principauté de Monaco a émis une réserve semblable lors de sa ratification du Pacte, le 28 août 1998. Le Trinité-et-Tobago a par ailleurs émis une réserve portant également sur l'article 26 du Pacte, à propos de la loi nationale concernant le droit d'acquérir de la propriété immobilière.

⁹⁴ Cour eur. D.H., *Gaygusuz c. Autriche*, arrêt du 16 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV, p. 1142, § 42; Cour eur. D.H. (3ième sect.), *Koua Poirrez c. France* (req. n° 40892/98), arrêt du 30 septembre 2003 (définitif le 30 décembre 2003), § 46.

⁹⁵ Voy. les articles 25 et 43 de la Convention.

premier “doit être interprété de manière à éviter d'affaiblir l'interdiction fondamentale de la discrimination et, par conséquent, de diminuer de quelque façon que ce soit les droits et libertés reconnus et énoncés en particulier dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques” (para. 2). Il en déduit qu’aux termes de la Convention, “l'application d'un traitement différent fondé sur le statut quant à la citoyenneté ou à l'immigration constitue une discrimination si les critères de différenciation, jugés à la lumière des objectifs et des buts de la Convention, ne visent pas un but légitime et ne sont pas proportionnés à l'atteinte de ce but” (para. 3). Cette prise de position ne se borne pas à souligner que les Etats parties à la Convention ne sauraient prendre argument de l'article 1er § 2 de cet instrument pour limiter l'étendue des obligations qui leur sont imposées en vertu d'autres instruments de protection des droits de l'homme auxquels ils sont parties⁹⁶: elle opère une véritable mise en parenthèses de l'article 1er § 2 de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Dans ses récentes observations finales sur les rapports étatiques qui lui sont soumis, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale ne manque pas d'ailleurs de souligner l'importance qu'il attache à l'élimination de la discrimination envers les migrants.⁹⁷

Etat civil. Dans l'affaire *Danning c. les Pays-Bas*, le Comité a estimé qu'une différence de traitement entre les couples mariés et les couples non mariés ne saurait constituer une discrimination au sens de l'article 26 du Pacte, dans la mesure où les partenaires vivant en situation de concubinage ont librement choisi de ne pas donner à leur union une forme juridique plus stable.⁹⁸ Ce raisonnement a été confirmé à plusieurs reprises depuis. Il ne paraît pas transposable, cependant, à la situation où certains avantages seraient réservés aux couples mariés, tout en étant refusés aux couples non mariés de personnes de même sexe, dans les Etats où l'institution du mariage n'est pas ouverte aux couples homosexuels : en pareille situation en effet, les personnes concernées n'ont pas choisi de bouder l'institution maritale,⁹⁹ et – pour autant que leur cohabitation soit stable – il n'y a en principe aucun motif de ne pas les traiter sur un pied d'égalité avec les couples mariés hétérosexuels¹⁰⁰.

A plus forte raison encore, la loi nationale ne saurait accorder certains avantages aux couples mariés et aux couples non mariés composés de deux personnes de sexe différent, tout en refusant d'étendre ces avantages aux couples de deux personnes de même sexe : pareille situation constitue

⁹⁶ Tel était déjà l'effet de la Recommandation générale n° 11 adoptée le 19 mars 1993, dans laquelle le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale affirmait que “le paragraphe 2 de l'article premier ne saurait être interprété de manière à porter atteinte de quelque façon que ce soit aux droits et aux libertés reconnus et énoncés dans d'autres instruments, en particulier la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques” (para. 3).

⁹⁷ Voy. par ex. Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale sur le Bahreïn, CERD/C/BHR/CO/7 (14 avril 2005), para. 14 ; Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale sur l'Azerbaïdjan, CERD/C/AZE/CO/4 (14 avril 2005), para. 12.

⁹⁸ C. n° 180/1984, *Danning c. Pays-Bas*, D. du 8 avril 1987, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session*, Supplément n° 40 (A/42/40), annexe VIII, sect. C. Cette prise de position a été confirmée par le Comité, concernant la différence de traitement que maintenait la loi néerlandaise sur l'assurance maladie entre couples mariés et non mariés : C. n° 395/1990, *Th. Sprenger c. Pays-Bas*, D. du 31 mars 1992, *Sélection*, vol. 4, p. 118. Voy. également, à propos du caractère limité des avantages reconnus au concubin survivant à la suite du décès du compagnon, en comparaison de ceux accordés à l'époux devenu veuf, C. n°602/94, *Hoofdman c. Pays-Bas*, D. du 3 novembre 1998.

⁹⁹ Comp. le para. 14 de la décision rendue dans l'affaire *Danning* : “The Committee observes (...) that the decision to enter into a legal status by marriage, which provides, in Netherlands law, both for certain benefits and for certain duties and responsibilities, lies entirely with the cohabiting persons. By choosing not to enter into marriage, Mr. Danning and his cohabitant have not, in law, assumed the full extent of the duties and responsibilities incumbent on married couples. Consequently, Mr Danning does not receive the full benefits provided for in Netherlands law for married couples” (nous plaçons l'accent).

¹⁰⁰ L'on pourrait cependant vouloir fonder le traitement préférentiel accordé au mariage sur le sort privilégié que réserve à celui-ci l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, à la suite de l'affirmation générale de l'article 23, § 1^{er}, selon laquelle la famille “a droit à la protection de la société et de l'Etat”: voy. S. Joseph, J. Shultz et M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials, and Commentary*, Oxford Univ. Press, 2000, p. 445. L'on notera à cet égard que le Comité des droits de l'Homme a refusé d'étendre par analogie l'article 23, § 4, du Pacte, relatif à l'égalité de droits et de responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution, à une situation de concubinage, en dépit de ce qu'un enfant était né de la relation nouée entre l'auteur de la communication et sa compagne : voy. C. n°417/90, *Balaguer Santacana c. Espagne*, D. du 15 juillet 1994, § 10.4.

incontestablement une différence de traitement fondée directement sur l'orientation sexuelle, qui ne saurait être admise que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles.¹⁰¹ L'on peut regretter à cet égard que, dans un arrêt du 13 décembre 1997, la Cour de cassation de France ait rejeté un pourvoi introduit contre un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris ayant débouté de sa demande le concubin d'un locataire décédé, qui réclamait le transfert à son profit du bail en cours d'exécution lors du décès. Selon le résumé qu'en donne la Cour de cassation, le moyen du demandeur au pourvoi était pris de ce « qu'aux termes de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, (...) 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,... ou de toute autre situation ; qu'en estimant que l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989, qui dispose que 'lors du décès du locataire, le contrat de location est transféré (...) au concubin notoire (...) qui vivait avec lui depuis au moins 1 an à la date du décès', ne visait que le cas de concubinage entre un homme et une femme, alors que ce texte ne contient aucune restriction autre que celle tenant à la durée du concubinage, la cour d'appel a violé les textes précités, ensemble l'article 8, alinéa 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». La Cour de cassation a cependant rejeté cet argument, estimant que la cour d'appel avait pu considérer, à bon droit, que « le concubinage ne pouvait résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et une femme », sans qu'il en résulte une violation ni de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ni de l'article 8, alinéa 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme.¹⁰²

¹⁰¹ Voy. Catarina Krause et Martin Scheinin, "The Right not to be Discriminated Against : The Case of Social Security", in Theodore S. Orlin, Allan Rosas et Martin Scheinin (éd.), *The Jurisprudence of Human Rights Law: A Comparative Interpretive Approach*, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, Turku / Åbo, 2000, pp. 253-286, ici pp. 262-263.

¹⁰² Cass. fr. (3^{ième} ch. civ.), 17 décembre 1997, *Bull.* 1997-III, n° 225, p. 151 ; *Semaine Juridique*, 1998-06-10, n° 24, p. 1045, note A. Djigo.