

**LE DROIT À LA NON-DISCRIMINATION  
DEVANT LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME :  
55 ANS D'ÉVOLUTION**

**Julie Ringelheim**

Novembre 2022

 **UCLouvain**



**Institute for Interdisciplinary Research in Legal sciences (JUR-I)**  
Centre for Philosophy of Law (CPDR)

La Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme (CRIDHO) a été constituée au sein du Centre de philosophie du droit, centre de recherches localisé au sein de l'Institut pour la recherche interdisciplinaire en sciences juridiques (JUR-I) de l'Université de Louvain, par des chercheurs soucieux de réfléchir le développement contemporain des droits fondamentaux à l'aide d'outils d'autres disciplines, notamment l'économie et la philosophie politique. La CRIDHO travaille sur les rapports entre les mécanismes de marché et les droits fondamentaux, aussi bien au niveau des rapports interindividuels qu'au niveau des rapports noués entre Etats dans le cadre européen ou international.

CRIDHO Working Papers

Tous droits réservés.

Aucune partie de ce document ne peut être publiée, sous quelque forme que ce soit, sans le consentement de l'auteur.

The Interdisciplinary Research Cell in Human Rights (CRIDHO) has been created within the Centre for Legal Philosophy (CPDR), a research centre located in the Institute for Interdisciplinary research in legal science (JUR-I) of the University of Louvain, by scholars seeking to understand the development of fundamental rights by relying on other disciplines, especially economics and political philosophy. The CRIDHO works on the relationship between market mechanisms and fundamental rights, both at the level of interindividual relationships as at the level of the relationships between States in the European or international context.

CRIDHO Working Papers

All rights reserved

No part of this paper may be reproduced in any form without consent of the author

**LE DROIT À LA NON-DISCRIMINATION  
DEVANT LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME :  
55 ANS D'ÉVOLUTION\***

Julie RINGELHEIM

Professeure de droit à l'Université catholique de Louvain  
Chercheuse qualifiée - Fonds de la Recherche Scientifique (FRS-FNRS, Belgique)

Article 14 CEDH : *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.*

L'article 14 paraissait destiné à ne jouer qu'un rôle modeste dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Principale limite : il n'interdit la discrimination que dans la jouissance des droits et libertés garantis par la Convention, revêtant un caractère accessoire par rapport aux autres dispositions. Contrairement à d'autres instruments internationaux, il ne mentionne pas de droit général à l'égalité devant la loi ni d'obligation d'interdire la discrimination entre personnes privées. En pratique, cette disposition a effectivement longtemps fait l'objet d'une jurisprudence limitée et d'une interprétation prudente de la part de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1</sup>. Cependant, depuis les années 2000, cette situation s'est inversée de façon spectaculaire<sup>2</sup>. Les arrêts traitant de la discrimination se sont multipliés jusqu'à constituer une jurisprudence foisonnante. Mais c'est aussi l'interprétation de la norme inscrite à l'article 14 qui a été sensiblement enrichie et complexifiée.

Les développements relatifs au droit de la non-discrimination survenus dans d'autres ordres juridiques ont sans nul doute contribué à cette évolution. Au sein des Nations Unies, à côté des clauses de non-discrimination incluses dans les deux Pactes de 1966, plusieurs conventions spécialisées dans la lutte contre des discriminations spécifiques ont été adoptées : la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965) (CEDR), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979) (CEDEF) et la Convention relative aux droits des personnes handicapées (2006) (CIDPH). L'Union européenne a également joué un rôle majeur dans l'expansion du droit antidiscriminatoire. Si à l'origine, en raison de la limitation de ses pouvoirs en la matière, sa contribution a concerné uniquement l'égalité de traitement sans distinction de sexe ou de nationalité d'un État membre, les nouvelles compétences que lui a conférées le Traité d'Amsterdam (1997) lui ont permis d'étendre son action à la lutte contre la discrimination fondée sur l'origine raciale ou ethnique, la religion, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle, sur laquelle portent les directives 2000/43<sup>3</sup> et 2000/78<sup>4</sup> adoptées en 2000.

Au-delà des considérations juridiques, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 14 constitue un passionnant observatoire de l'évolution des mœurs et des mentalités au sein des sociétés européennes et un révélateur des nouveaux débats qui les traversent. Entre 1949 et aujourd'hui, la conception de la famille, la vision des rapports de genre, la perception de l'homosexualité ont été profondément transformées. Les sociétés européennes se sont fortement diversifiées sur les plans culturel et religieux. Les problèmes de racisme et d'inégalité structurelle frappant certains groupes ethniques ont suscité une attention croissante. Le regard porté sur le handicap s'est notablement modifié, surtout depuis les années 2000. Toutes ces transformations sont à la fois reflétées et alimentées par la jurisprudence de la Cour. Elles ont contribué à la convaincre que certaines distinctions autrefois largement considérées comme légitimes méritaient d'être remises en cause parce qu'elles révélaient une vision inégalitaire des rapports sociaux et conduisaient à l'exclusion de certains groupes vulnérables.

\* Ce texte paraîtra sous une version légèrement remaniée dans M. Boumghar (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Pedone (à paraître). La jurisprudence prise en compte dans ce texte court jusqu'au 5 octobre 2022.

<sup>1</sup> Caroline PICHERAL, « Discrimination raciale et Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, n° 46, 2001, pp. 517-539.

<sup>2</sup> Rory O'CONNELL, « Cinderella Comes to the Ball: Article 14 and the Right to Non-discrimination in the ECHR », *Legal Studies*, 2009, n° 29, pp. 211-229; Françoise TULKENS, « L'évolution du principe de non-discrimination à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Jean-Yves Carlier (dir.), *L'étranger face au droit. XXè journées d'études juridiques J. Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 193-210.

<sup>3</sup> Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

<sup>4</sup> Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

Mais, à travers ses constats de violation de l'article 14, la Cour elle-même renforce ces dynamiques et contribue à les étendre à l'ensemble des États du Conseil de l'Europe. Il arrive cependant qu'elle se montre prudente et s'en remette à la marge nationale d'appréciation face à des questions de société qu'elle juge trop indéterminées ou trop controversées pour adopter un point de vue tranché. Ses positions peuvent toutefois évoluer : la jurisprudence relative à l'article 14 est riche d'exemples de renversements de jurisprudence.

Dans les pages qui suivent, on commencera par évoquer les travaux préparatoires de l'article 14 de la Convention (II). On précisera la portée du caractère accessoire de cette disposition (III). On exposera ensuite la façon dont la Cour a interprété la notion de discrimination au sens de cet article, en mettant en lumière les différentes formes de discrimination qu'elle a progressivement dégagées (IV). On se penchera enfin sur l'interprétation des critères prohibés de discrimination couverts par cet article (V).

## TRAVAUX PRÉPARATOIRES

La Déclaration universelle des droits de l'homme, dans son article 2 § 1, reconnaît à chacun le droit de se prévaloir sans discrimination des droits et libertés qu'elle proclame, tout en énonçant, dans son article 7, un droit général à l'égalité devant la loi et à la non-discrimination<sup>5</sup>. Cette double consécration du principe d'égalité et de non-discrimination se retrouve dans le Pacte international relatifs aux droits civils et politiques (PIDCP) de 1966 : son article 2 § 1 dispose que les droits qui y sont reconnus doivent être respectés et garantis sans discrimination<sup>6</sup>, tandis que son article 26 reconnaît le droit à l'égalité devant la loi et à la non-discrimination en tant que droit indépendant. L'article 26 fait en outre obligation aux États d'« interdire toute discrimination » et de « garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination ».

Dans l'article 14 de la Convention européenne, en revanche, non seulement on ne trouve nulle mention du droit à l'égalité devant la loi, mais en outre, l'interdiction de la discrimination qui y est énoncée ne revêt pas une portée générale ; elle porte uniquement sur les droits et libertés reconnus dans la Convention.

Le projet de Convention présenté par le Mouvement européen au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en juillet 1949, et dont l'Assemblée consultative s'inspira largement dans l'élaboration de son propre projet, comportait une disposition consacrant « l'égalité devant la loi » et la « protection contre toute discrimination basée sur la religion, la race, l'origine nationale, la profession d'une opinion politique ou de toute autre opinion »<sup>7</sup>. Mais cette proposition fut écartée par l'Assemblée consultative<sup>8</sup> et par le Comité des Ministres<sup>9</sup>. Les travaux préparatoires ne fournissent pas d'explication de cette décision. On peut penser que les raisons sont du même ordre que celles qui motivèrent le rejet en 1965 de la proposition faite par l'Assemblée consultative de consacrer un droit à l'égalité devant la loi et à la non-discrimination dans le Protocole additionnel n° 4 à la Convention<sup>10</sup>. Le Comité d'experts désigné par le Comité des Ministres justifia ce choix par un double motif : d'une part, il doutait de l'utilité d'un tel article, le droit à l'égalité devant la loi étant selon lui déjà largement garanti par la Convention, notamment par les articles 6 et 14 ; d'autre part, il craignait qu'une telle disposition ne donne lieu « à des constructions juridiques dangereuses » et n'étende de façon excessive les compétences des organes de contrôle de la Convention<sup>11</sup>. D'autres initiatives tendant à faire reconnaître ce droit se heurtèrent à des objections similaires<sup>12</sup>. Il fallut attendre la fin des années 1990 pour que ces réserves soient en partie levées et que le Comité des Ministres décide de la rédaction du Protocole n° 12. Ouvert à la signature en 2000, ce Protocole, entré en vigueur en 2005, comporte une clause générale d'interdiction de la discrimination<sup>13</sup>.

Le texte de l'article 14 reprend l'ensemble des critères de discrimination évoqués à l'article 2 § 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et y ajoute « l'appartenance à une minorité nationale », reflétant une préoccupation typiquement européenne. Dans le projet présenté par le Mouvement européen, la liste des critères

<sup>5</sup> En outre, d'autres articles de la Déclaration universelle font référence au principe d'égalité en lien avec des droits spécifiques (cf. art. 1<sup>er</sup> ; 10 ; 16 § 1 ; 22 § 2 ; 23 § 2 ; 26 § 1).

<sup>6</sup> L'article 2 § 2 du PIDESC énonce une règle similaire.

<sup>7</sup> Doc. INF/5/F/R, pp. 7-8.

<sup>8</sup> Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, 8 septembre 1949, Recommandation n° 38.

<sup>9</sup> TP III, pp. 777 et 793.

<sup>10</sup> Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, Recommandation 234 (1960), *Recueil des travaux préparatoires du Protocole n° 4 à la Convention reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le Premier protocole additionnel à la Convention*, 1976, pp. 137-138.

<sup>11</sup> Comité d'experts au Comité des Ministres, *rapport*, 18 octobre 1965, H (65) 16, pp. 26-28, *Recueil des Travaux préparatoires du Protocole n° 4*, *op. cit.*, p. 728.

<sup>12</sup> Marc BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, pp. 69-72 et Rapport explicatif du Protocole n° 12, § 2 et s.

<sup>13</sup> Cf. le chapitre consacré à l'article 1 du Protocole n° 12.

prohibés n'incluait pas le motif du sexe, qui figurait pourtant dans la Déclaration universelle. La lutte contre la discrimination entre les femmes et les hommes ne constituait manifestement pas une priorité pour les membres du Mouvement. Cette omission fut critiquée par le délégué danois Hemod Lannung durant les discussions au sein de l'Assemblée consultative. Il insista sur la nécessité de compléter la clause de non-discrimination « *de façon à protéger la femme contre toute discrimination* »<sup>14</sup>. Le même Hemod Lannung plaida aussi en faveur de la reconnaissance de droits aux minorités nationales dans la Convention. Cette proposition ne fut pas retenue mais « *l'appartenance à une minorité nationale* » fut introduite dans la liste des motifs mentionnés à l'article 14.

#### LE CARACTÈRE ACCESSOIRE DE L'ARTICLE 14

Du fait qu'il n'interdit les discriminations que dans la jouissance des droits et libertés garantis par la Convention et ses protocoles, l'article 14 ne peut être invoqué qu'en combinaison avec une autre disposition. Ce caractère accessoire en limite la portée. Certaines discriminations échappent à son emprise, notamment en matière de droits économiques et sociaux, qui ne sont, pour la plupart, pas garantis par la Convention.

L'interprétation adoptée par la Cour a toutefois permis d'atténuer cette restriction. Dès son premier arrêt relatif à l'article 14, à savoir l'arrêt du 23 juillet 1968 sur l'*Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, la Cour tranche un point jusque là controversé en indiquant qu'il n'est pas nécessaire, pour que l'article 14 soit applicable, qu'une violation du droit substantiel en cause ait été au préalable constatée. Il suffit d'établir que la distinction de traitement est liée à la jouissance d'un droit substantiel. La thèse inverse, parfois suivie par la Commission dans ses premières décisions, aurait quasiment privé d'utilité cette disposition<sup>15</sup>. La Cour établit donc, sans ambiguïté, que la violation de l'article 14 ne présuppose pas qu'il y ait également méconnaissance de la disposition avec laquelle il est combiné. Bien que cet article n'ait pas « *d'existence indépendante* », puisqu'il vaut uniquement pour la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention et ses protocoles, il a néanmoins une portée autonome : « *une mesure conforme en elle-même aux exigences de l'article consacrant le droit ou la liberté en question* » peut se révéler discriminatoire et donc contraire à l'article 14<sup>16</sup>.

Il en résulte que, lorsque l'État décide d'accorder des droits ou avantages qui ne sont pas exigés par la Convention mais qui ont un lien avec un droit ou une liberté garanti par celle-ci, il ne peut les refuser à certains individus de façon discriminatoire : un tel comportement, s'il ne constitue pas une violation du droit substantiel en cause, contrevient néanmoins à l'article 14. La discrimination prohibée par l'article 14 « *dépasse donc la jouissance des droits et libertés que la Convention et ses Protocoles imposent à chaque État de garantir. Elle s'applique aussi aux droits additionnels, relevant du champ d'application général de tout article de la Convention, que l'État a volontairement décidé de protéger* »<sup>17</sup>. Ce raisonnement a permis de donner une large ampleur à l'article 14, d'autant plus que la Cour a fait preuve d'une souplesse croissante dans l'appréciation du lien exigé entre l'objet de la discrimination alléguée et le droit garanti par la Convention<sup>18</sup>. Les expressions utilisées pour caractériser ce lien en témoignent : il faut que les mesures critiquées « *se rattachent* » à l'exercice d'un droit garanti<sup>19</sup>, « *se situent dans le domaine de ce droit* »<sup>20</sup> ou encore « *que la matière du litige n'échappe pas entièrement à l'empire* » de la disposition combinée avec l'article 14<sup>21</sup>.

Dans l'*Affaire linguistique belge*, la Cour observe ainsi que l'article 2 du premier Protocole n'astreint pas l'État à créer des établissements d'enseignement. Mais dès lors qu'il met en place de tels établissements, il ne peut en réglementer l'accès de façon discriminatoire<sup>22</sup>. Autre exemple, dans le domaine de la régulation des cultes, l'État n'a pas d'obligation, au regard de l'article 9, de conférer aux communautés religieuses des avantages particuliers, tels qu'une exonération fiscale ou des facilités pour fonder des écoles. Mais lorsqu'il institue de tels privilèges,

<sup>14</sup> TP I, p. 31.

<sup>15</sup> Marc-André EISSEN, « L'"autonomie" de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Commission », in *Mélanges offerts à Polys Modinos. Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris, Pedone, 1968, pp. 122-145 et jurisprudence citée.

<sup>16</sup> CEDH, Plén., 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, n° 1474/62 et al. (ci-après : *Affaire linguistique belge*), § 9.

<sup>17</sup> CEDH [GC], 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, n° 43546/02, § 48. Pour d'autres exemples, William A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, OUP, 2015, p. 563.

<sup>18</sup> Sandra FREDMAN, "Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights", *HRLR*, vol. 16, n° 2, 2016, pp. 275-277.

<sup>19</sup> CEDH, 6 février 1976, *Schmidt et Dahlström c. Suède*, n° 5589/72, § 39.

<sup>20</sup> CEDH, Plén., 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales, Balkandali c. Royaume-Uni*, n° 9214/80 et al., § 71.

<sup>21</sup> CEDH, Plén., 23 novembre 1983, *Van der Mussele c. Belgique*, n° 8919/80, § 43.

<sup>22</sup> *Affaire linguistique belge*, p. 33, § 9.

l'État doit assurer que l'accès à un tel statut répond à des critères non discriminatoires<sup>23</sup>. Les effets de cette approche sont particulièrement notables en matière de droits économiques et sociaux. La plupart de ces droits, on l'a souligné, ne sont pas garantis par la Convention. Mais, dès lors qu'un tel droit est reconnu par un État dans son ordre interne et peut être rattaché au domaine d'un droit protégé par la Convention, l'article 14 interdit d'en refuser le bénéfice à certains individus pour des motifs discriminatoires. En matière d'accès à la sécurité sociale, en particulier, la Cour a établi dans l'arrêt *Gaygusuz c. Autriche* que lorsqu'une législation nationale prévoit le versement d'une prestation sociale à certaines catégories d'individus, elle génère un droit patrimonial au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1. Une allégation de discrimination liée au versement ou non versement d'une prestation sociale, rentre dès lors dans le champ d'application de l'article 14 combiné à l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1<sup>24</sup>. Autrement dit, un État qui crée un régime de prestations sociales, doit le faire d'une manière compatible avec l'article 14 de la Convention<sup>25</sup>.

La discrimination dans l'emploi paraissait *a priori* échapper à l'emprise de l'article 14, vu l'absence de reconnaissance du droit au travail et du droit d'accéder à la fonction publique dans la Convention<sup>26</sup>. Mais la Cour a admis qu'une personne qui occupe un poste dans la fonction publique et en est révoquée pour des motifs mettant en jeu l'un des droits garantis, tel que la liberté d'expression, d'association ou de religion ou encore le droit à la vie privée, peut dénoncer sa révocation sur la base de la Convention<sup>27</sup>. L'arrêt *Emel Boyraz c. Turquie* du 2 décembre 2014 confère une portée particulièrement large à ce principe. La révocation d'une femme d'un poste d'officier de sécurité est considérée comme une ingérence dans son droit à la vie privée et familiale, protégé par l'article 8, du seul fait qu'elle est motivée uniquement par son sexe : *"the concept of 'private life' extends to aspects relating to personal identity and a person's sex is an inherent part of his or her identity. Thus, a measure as drastic as a dismissal from a post on the sole ground of sex has adverse effects on a person's identity, self-perception and self-respect and, as a result, his or her private life"*<sup>28</sup>. La Cour ajoute que la révocation de la requérante a, en tant que telle, eu un impact sur sa vie privée et familiale dans la mesure où la perte de son emploi a dû affecter son bien-être matériel et sa capacité à maintenir des relations avec d'autres et à pratiquer une profession correspondant à ses qualifications<sup>29</sup>. Dès lors, l'article 14, combiné à l'article 8, est applicable à cette affaire. Dans l'arrêt *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000, la Cour a par ailleurs admis que le refus d'autoriser le requérant à accéder à la profession d'expert-comptable, malgré sa réussite à l'examen prévu à cette fin, tombait *« sous l'empire d'une disposition de la Convention, à savoir l'article 9 »*<sup>30</sup> et pouvait donc se voir appliquer l'article 14. Le lien entre les circonstances de l'affaire et la liberté religieuse était pourtant indirect : la mesure était motivée par le fait que cinq ans auparavant, le requérant avait subi une condamnation pénale pour avoir refusé d'exécuter son service militaire en raison de ses convictions en tant que Témoin de Jéhovah. Par ailleurs, l'article 14 a également pu être appliqué à des litiges concernant l'emploi privé, comme on le verra plus loin.

Conséquence de son caractère accessoire, l'article 14 est toujours invoqué en association avec une autre disposition de la Convention. Généralement, la Cour commence par évaluer s'il y a eu méconnaissance du droit substantiel invoqué, pris isolément. Lorsqu'elle conclut à une violation, elle juge le plus souvent inutile de poursuivre son examen pour déterminer s'il y a également eu discrimination. Elle s'en explique dans l'arrêt *Airey c. Irlande* : pareil examen, en général, *« ne s'impose pas quand elle aperçoit un manquement aux exigences du premier article pris en lui-même »*, sauf *« si une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en cause constitue un aspect fondamental du litige »*<sup>31</sup>. Les choix opérés par la Cour à cet égard laissent parfois perplexe. Dans l'arrêt *Marckx c. Belgique*, après avoir établi que la limitation des droits familiaux et successoraux des enfants nés hors mariage viole le droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8, elle examine les faits sous l'angle de l'article 14 combiné à l'article 8 et constate une discrimination entre enfants selon la naissance<sup>32</sup>. En revanche, dans l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni*, après avoir constaté que la pénalisation des actes homosexuels masculins en Irlande du Nord viole le droit du requérant au respect de sa vie privée, elle juge *« sans intérêt juridique de rechercher s'il a subi de surcroît une discrimination par comparaison avec d'autres personnes sujettes à de moindres limitations au même droit »*<sup>33</sup>.

<sup>23</sup> Cf., not., CEDH, 31 juillet 2008, *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas et autres c. Autriche*, n° 40825/98, § 92 et CEDH, 5 avril 2022, *Assemblée chrétienne des Témoins de Jéhovah d'Anderlecht et autres c. Belgique*, n° 20165/20, §§ 33 et 55.

<sup>24</sup> CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, n° 17371/90, § 41. Cf. aussi CEDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c. France*, n° 40892/98, §§ 37 et 42.

<sup>25</sup> CEDH [GC], 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, nos 65731/01 et 65900/01, § 53.

<sup>26</sup> David HARRIS, Michael O'BOYLE & Colin WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, OUP, 2009, 1<sup>ère</sup> éd., p. 580.

<sup>27</sup> Cf., not., CEDH [GC], 26 septembre 1995, *Vogt c. Allemagne*, n° 17851/91, § 43.

<sup>28</sup> CEDH, 2 décembre 2014, *Emel Boyraz c. Turquie*, n° 61960/08, § 44.

<sup>29</sup> *Idem*.

<sup>30</sup> CEDH [GC], 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, n° 34369/97, § 42.

<sup>31</sup> CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73, § 30.

<sup>32</sup> CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74.

<sup>33</sup> CEDH, Plén., 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7525/76, § 69.

À l'inverse, il arrive parfois que la Cour commence par examiner les faits sous l'angle de l'article 14 parce qu'elle estime que l'enjeu central du litige réside dans la question de savoir s'il y eu discrimination. Lorsqu'elle conclut à la violation de l'article 14, elle juge alors inutile de déterminer s'il y a eu aussi méconnaissance du droit substantiel en jeu considéré séparément<sup>34</sup>.

## LA NOTION DE DISCRIMINATION AU SENS DE L'ARTICLE 14

### LES CRITÈRES DE BASE

L'article 14 n'interdit pas toute différence de traitement dans l'exercice des droits et libertés reconnus dans la Convention ; seuls les traitements discriminatoires sont prohibés. La version française de l'article 14, prise à la lettre, pouvait susciter des doutes à cet égard puisqu'elle utilise les termes « *sans distinction aucune* » là où le texte anglais indique « *without discrimination* ». Mais dès l'*Affaire linguistique belge*, la Cour a dissipé toute ambiguïté : la version française doit se lire à la lumière du texte anglais. De fait, « *on aboutirait à des résultats absurdes si l'on donnait à l'article 14 (art. 14) une interprétation aussi large que celle que la version française semble impliquer. On en arriverait, en effet, à juger contraires à la Convention chacune des nombreuses dispositions légales ou réglementaires qui n'assurent pas à tous une complète égalité de traitement dans la jouissance des droits et libertés reconnus. Or, les autorités nationales compétentes se trouvent souvent en face de situations ou de problèmes dont la diversité appelle des solutions juridiques différentes ; certaines inégalités de droit ne tendent d'ailleurs qu'à corriger des inégalités de fait* »<sup>35</sup>.

La Cour a dû préciser les critères permettant d'établir qu'un traitement revêt un caractère discriminatoire au sens de l'article 14. S'inspirant de la pratique judiciaire de nombreux États démocratiques, elle pose en principe qu'une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit protégé viole le prescrit de l'article 14 lorsqu'elle manque de « *justification objective et raisonnable* »<sup>36</sup>. Une telle justification suppose la réunion de deux éléments : la mesure doit être motivée par un but légitime et il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé<sup>37</sup> (2). La Cour précisera par ailleurs qu'une distinction de traitement n'est potentiellement discriminatoire que lorsqu'elle consiste en un traitement moins favorable d'un individu comparé à d'autres « *placés dans une situation analogue* »<sup>38</sup> (1).

### Comparabilité des situations

Selon la définition initialement établie par la Cour, il y a discrimination lorsqu'une personne est, sans justification objective et raisonnable, traitée moins favorablement qu'une autre personne *placée dans une situation analogue*. « *Analogue* » ne signifie pas en tous points *identique* : il faut que, eu égard à la nature de ses griefs, le requérant soit dans une situation *comparable*<sup>39</sup> ou *similaire sur un plan pertinent*<sup>40</sup> à celle de personnes mieux traitées que lui. Le constat que les situations en jeu ne sont pas comparables peut donc suffire à conduire la Cour à écarter l'allégation de discrimination, sans examiner la justification de la mesure. Dans l'affaire *Hämäläinen c. Finlande*, par exemple, une personne transgenre ayant subi une opération de conversion sexuelle du sexe masculin vers le féminin, soutenait avoir été traitée différemment des cissexuels<sup>41</sup> du fait qu'elle s'était vue refuser la délivrance d'un numéro d'identité féminin et qu'il était exigé d'elle qu'elle transforme son mariage avec une femme, antérieur à son opération, en partenariat enregistré. La Cour déclare que « *la situation de la requérante et celle des cissexuels ne présentent pas une similarité suffisante pour pouvoir être comparées l'une avec l'autre. Partant, la requérante*

<sup>34</sup> Par exemple, CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c. Autriche*, n° 12875/87, § 32 et CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, n° 33290/96, § 23.

<sup>35</sup> *Affaire linguistique belge*, p. 31, § 10.

<sup>36</sup> *Idem*.

<sup>37</sup> *Idem*.

<sup>38</sup> CEDH, Plén., 23 novembre 1983, *Van der Mussele c. Belgique*, n° 8919/80, § 46.

<sup>39</sup> CEDH, 18 février 1991, *Fredin c. Suède (n° 1)*, n° 12033/86, § 60.

<sup>40</sup> CEDH, 13 juillet 2010, *Clift c. Royaume-Uni*, n° 7205/07, § 66 (« *relevantly similar* »).

<sup>41</sup> On entend par cissexuels les personnes dont le genre ressenti correspond au genre qui leur a été attribué à la naissance, contrairement aux personnes transgenres.

ne peut prétendre se trouver dans la même situation que les cissexuels »<sup>42</sup>. Elle conclut à l'absence de violation de l'article 14 combiné à l'article 8<sup>43</sup>.

Dans de nombreux cas, toutefois, la Cour n'examine pas la comparabilité des situations de façon autonome. L'analyse de cette question se confond avec l'évaluation de la justification de la mesure dénoncée<sup>44</sup>. Cette approche traduit une réalité pratique : ce n'est souvent qu'au regard de l'objectif de la mesure qu'on peut réellement déterminer si les personnes faisant l'objet d'un traitement distinct doivent être considérées comme étant dans une situation analogue<sup>45</sup>.

### Justification objective et raisonnable : but légitime et proportionnalité

Les États parties n'ont souvent pas de difficulté à convaincre la Cour que la mesure contestée a été adoptée en vue de poursuivre un objectif légitime<sup>46</sup>. Un constat d'absence de but légitime constitue donc une condamnation particulièrement sévère : le traitement en cause n'est pas seulement dénoncé comme un moyen disproportionné d'atteindre un objectif en soi légitime, mais comme étant dépourvu de toute justification. Un tel constat peut intervenir dans deux situations : soit, la Cour juge que les buts invoqués par l'État ne sont pas légitimes ; soit, elle estime que la mesure contestée ne sert pas, en réalité, les finalités mises en avant par le gouvernement. C'est tout spécialement en matière de différences de traitement liées au sexe que la Cour a abouti à une telle conclusion. Par exemple, à propos du refus des autorités suisses de permettre à un homme ayant choisi pour nom de famille celui de son épouse de faire précéder ce nom du sien propre, alors que cette possibilité existait pour les épouses ayant opté pour le nom de famille de leur époux, la Cour juge que les objectifs invoqués par le gouvernement – protéger l'unité de la famille et perpétuer une tradition – sont inadéquats pour justifier la mesure<sup>47</sup>. De manière générale, depuis les années 2000, elle affirme avec une insistance croissante que des références aux traditions, aux attitudes sociales majoritaires ou à des stéréotypes sur les rôles de genre, ne peuvent justifier une distinction fondée sur le sexe<sup>48</sup>. Dans l'affaire *Emel Boyraz c. Turquie* précitée, le gouvernement, pour justifier la révocation de la requérante d'un poste d'officier de sécurité, alléguait qu'elle ne pouvait remplir adéquatement cette fonction car celle-ci emportait des risques et des responsabilités comme l'obligation d'utiliser des armes à feu et la force physique en cas d'attaque. La Cour constate que cette justification repose sur le postulat qu'une femme, par définition, ne saurait faire face à ces risques et assumer ces responsabilités<sup>49</sup>. Reflétant de simples stéréotypes sur les femmes en général, elle ne saurait constituer un motif valable pour priver l'intéressée de son emploi<sup>50</sup>.

Lorsque la Cour admet que la différence de traitement contestée poursuit un but légitime, l'État, pour échapper à l'accusation de discrimination, doit encore établir l'existence d'un « rapport raisonnable de proportionnalité entre le moyen employé et le but visé »<sup>51</sup>. Cette condition suppose que le désavantage subi par les personnes défavorisées par la mesure ne soit pas excessif par rapport au but légitime poursuivi par le gouvernement<sup>52</sup>. Ainsi, dans l'affaire

<sup>42</sup> CEDH [GC], 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, n° 37359/09, § 112. Sur la jurisprudence de la CEDH en matière de discrimination à l'encontre des personnes transgenres, cf. not. Peter Cannoot and Sarah Ganty, « Gender identity », in Colm O'Connell, Julie Ringelheim and Iyiola Solanke (eds), *Edward Elgar Research Handbook on European Discrimination Law*, Edward Elgar, à paraître.

<sup>43</sup> Pour un autre exemple de constat de non-discrimination découlant de la non comparabilité des situations en jeu, cf. CEDH, 12 janvier 2017, *Saumier c. France*, n° 74734/14 (situation d'un salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle causée par la faute de son employeur jugée non comparable à celle d'une personne victime d'un dommage dans un autre contexte).

<sup>44</sup> Cf., en particulier, CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, n° 8777/79, § 37. Pour une comparaison avec la jurisprudence de la Cour de justice sur ce plan, Samantha BESSON, « Gender Discrimination under EU and ECHR Law : Never Shall the Twain Meet ? », *HRLR*, vol. 8, n° 4, 2008, p. 664.

<sup>45</sup> Clare OVEY & Robin WHITE, *The European Convention on Human Rights*, OUP, 2006, 4<sup>ème</sup> éd., pp. 425-426.

<sup>46</sup> Oddný Mjöll ARNARDOTTIR, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff, 2003, pp. 43-45.

<sup>47</sup> CEDH, 22 février 1994, *Burghartz c. Suisse*, n° 16213/90, § 29. De même, dans l'affaire *León Madrid c. Espagne*, la Cour conclut que les raisons avancées par le gouvernement pour justifier la règle prévoyant qu'en cas de désaccord entre les parents, le nom du père précéderait automatiquement celui de la mère dans l'ordre des noms de famille de l'enfant, sans dérogation possible, ne sont pas suffisamment objectives et raisonnables pour justifier la différence de traitement fondée sur le sexe ainsi établie (CEDH, 26 octobre 2021, *León Madrid c. Espagne*, n° 30306/13, § 70).

<sup>48</sup> Cf., en particulier, CEDH [GC], 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, n° 30078/06, §§ 142-143 (refus d'autoriser un homme servant dans les forces armées à prendre un congé parental). Sur cette question, Alexandra TIMMER, « Toward and Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights », *HRLR*, vol. 11, n° 4, 2011, pp. 707-738.

<sup>49</sup> CEDH, 2 décembre 2014, *Emel Boyraz c. Turquie*, n° 61960/08, § 53.

<sup>50</sup> *Ibid.*, § 56. Cf. aussi CEDH, 20 juin 2017, *Bayev et autres c. Russie*, n°s 67667/09, 44092/12, 56717/12, § 91 (la loi érigeant en infraction la « promotion des relations sexuelles non traditionnelles » repose sur un préjugé de la part de la majorité hétérosexuelle à l'encontre de la minorité homosexuelle) ; CEDH, 25 juillet 2017, *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, § 54 (réduction, par la Cour suprême, de l'indemnité accordée à une femme quinquagénaire pour faute médicale ayant entraîné chez elle des problèmes gynécologiques, au motif que la sexualité aurait peu d'importance pour une femme quinquagénaire déjà mère de deux enfants) et CEDH, 4 février 2021, *Jurčić c. Croatie*, n° 54711/15, § 83 (décision de refuser à la requérante une couverture d'assurance-maladie professionnelle pendant sa grossesse, reposant sur le postulat qu'il serait anormal pour une femme enceinte de travailler ou de chercher du travail).

<sup>51</sup> *Affaire linguistique belge*, Section I, § 10.

<sup>52</sup> CEDH, Plén., 27 octobre 1975, *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, n° 4464/70, § 49.

*Mazurek c. France*, à propos d'une distinction de traitement en matière successorale entre enfants légitimes ou naturels, d'une part, enfants adultérins, d'autre part, la Cour accepte que la volonté de protéger la famille traditionnelle puisse être considérée comme légitime<sup>53</sup>, mais juge que pénaliser un individu dans la succession de sa mère en raison de la situation matrimoniale de celle-ci au moment de sa naissance, ne constitue pas un moyen adéquat et proportionné de poursuivre cet objectif<sup>54</sup>. Dans *Vallianatos et autres c. Grèce*, elle observe que la protection de la famille au sens traditionnel du terme et la défense de l'intérêt de l'enfant sont certes des finalités légitimes<sup>55</sup>, mais que refuser aux couples de même sexe le droit de conclure un « partenariat enregistré », reconnu aux couples hétérosexuels, n'est pas nécessaire pour atteindre ces objectifs<sup>56</sup>.

La Cour reconnaît aux États parties une marge d'appréciation pour « déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des traitements dissemblables »<sup>57</sup>. L'ampleur de cette marge varie en fonction de différents facteurs. D'abord, certains critères de discrimination, comme le sexe ou l'origine ethnique ou raciale, ont été reconnus par la Cour comme appelant un contrôle particulièrement strict. Lorsque l'un de ces motifs est en cause, un haut degré de justification est exigé de l'État et sa marge d'appréciation est réduite. Il ne doit pas seulement démontrer que la mesure retenue était normalement de nature à permettre la réalisation du but recherché, mais aussi qu'il était nécessaire, pour atteindre ce but, d'exclure les personnes identifiées par ce critère d'un droit ou avantage<sup>58</sup>. D'un autre côté, la Cour considère qu'une latitude importante doit en principe être laissée aux autorités nationales lorsque sont en jeu des dispositions économiques et sociales, en particulier en matière d'impôts et de prestations sociales : « [g]râce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d'utilité publique en matière économique ou en matière sociale, et la Cour respecte en principe la manière dont l'État conçoit les impératifs de l'utilité publique, sauf si son jugement se révèle 'manifestement dépourvu de base raisonnable' »<sup>59</sup>. Une large marge d'appréciation a également été reconnue en matière de politique pénale, en particulier concernant la détermination de la durée de la peine prévue pour une infraction donnée<sup>60</sup>. Enfin, la présence ou l'absence d'un « consensus européen » sur la question considérée influence également l'étendue de la marge d'appréciation laissée à l'État<sup>61</sup>. La Cour rappelle régulièrement que « la Convention est un instrument vivant qui doit s'interpréter à la lumière des conditions actuelles »<sup>62</sup>. Cette position lui permet de rester à l'écoute de l'évolution des lois et du débat public dans l'espace européen. La jurisprudence sur les distinctions liées à l'orientation sexuelle, qui a connu une évolution notable, en témoigne tout particulièrement<sup>63</sup>. Ainsi, à propos des mesures visant à protéger la famille, la Cour affirme que l'État doit choisir les mesures à prendre pour ce faire « en tenant compte de l'évolution de la société ainsi que des changements qui se font jour dans la manière de percevoir les questions de société, d'état civil et celles d'ordre relationnel, notamment de l'idée selon laquelle il y a plus d'une voie ou d'un choix possibles en ce qui concerne la façon de mener une vie privée et familiale »<sup>64</sup>. Dans l'affaire *Vallianatos* précitée, elle souligne que l'écrasante majorité des États parties ayant institué une forme de partenariat enregistré l'ont ouvert aux couples de même sexe, ce qui la conduit à n'accorder à l'État grec qu'une marge d'appréciation réduite<sup>65</sup>. En revanche, pour ce qui est de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, elle observe dans l'arrêt *Oliari* que, malgré l'évolution progressive en la matière, on ne distingue pas de consensus établi sur la question, les États ayant modifié leur législation en ce sens restant minoritaires au sein du Conseil de l'Europe. Compte tenu de la marge d'appréciation

<sup>53</sup> CEDH, 1<sup>er</sup> février 2000, *Mazurek c. France*, n° 34406/97, § 50.

<sup>54</sup> *Ibid.*, §§ 54-55.

<sup>55</sup> CEDH [GC], 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, nos 29381/09 et 32684/09, § 83.

<sup>56</sup> *Ibid.*, § 92.

<sup>57</sup> CEDH, Plén., 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales, Balkandali c. Royaume-Uni*, nos 9214/80 et al., § 78.

<sup>58</sup> CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, § 41.

<sup>59</sup> CEDH [GC], 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, nos 65731/01 et 65900/01, § 52.

<sup>60</sup> CEDH [GC], 24 janvier 2017, *Khamtokhu et Aksenchik c. Russie*, n° 60367/08 et 961/11, §§ 78 et 85. Deux hommes condamnés à une peine de réclusion à perpétuité se disaient discriminés sur la base de l'âge et du sexe au motif que la loi excluait l'application d'une telle peine aux femmes ainsi qu'aux hommes de moins de 18 ans et de plus de 65 ans. La Cour conclut à l'absence de discrimination. Elle reconnaît une large marge d'appréciation aux autorités nationales au vu du domaine en cause et de l'absence de consensus européen sur la question en jeu.

<sup>61</sup> CEDH, 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, n° 20458/92, §§ 38-39 (absence de consensus européen sur le versement d'une allocation de congé parental aux pères).

<sup>62</sup> Cf., par ex., CEDH [GC], 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, nos 29381/09 et 32684/09, § 84.

<sup>63</sup> Par exemple, après avoir conclu dans une première affaire que le refus d'autoriser une personne à adopter un enfant en raison de son orientation homosexuelle n'était pas discriminatoire (CEDH, 26 février 2002, *Fretté c. France*, n° 36515/97, §§ 37-38), la Cour a abouti à la conclusion inverse six ans plus tard (CEDH [GC], 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, n° 43546/02). Comp. aussi, en ce qui concerne la possibilité, au sein d'un couple de même sexe, d'adopter l'enfant de son conjoint, CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, n° 25951/07 (constat de non-discrimination) et CEDH [GC], 19 février 2013, *X. et autres c. Autriche*, n° 19010/07 (constat de discrimination).

<sup>64</sup> CEDH [GC], 19 février 2013, *X. et autres c. Autriche*, n° 19010/07, § 139 ; CEDH [GC], 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, nos 29381/09 et 32684/09, § 84.

<sup>65</sup> CEDH [GC], 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, nos 29381/09 et 32684/09, § 91.

importante qui doit dès lors leur être réservée en la matière, elle estime que les États parties restent libres de décider d'autoriser ou non le mariage entre personnes de même sexe<sup>66</sup>.

## LA DISCRIMINATION INDIRECTE

La Cour a longtemps privilégié une approche de la discrimination qu'on peut qualifier de formelle. Jusqu'en 2000, les arrêts constatant une violation de l'article 14 ne concernaient que des cas où était en cause une distinction de traitement *explicite*, inscrite dans la norme elle-même, en d'autres termes, une discrimination *directe*, selon la terminologie du droit de l'Union européenne. Dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, les requérants avaient tenté de soutenir que la législation sur l'immigration adoptée par les autorités britanniques emportait une discrimination raciale car, en pratique, elle conduisait à empêcher l'arrivée, pour l'essentiel, d'immigrants « de couleur »<sup>67</sup>. Dans son arrêt du 28 mai 1985, la Cour écarte cet argument au motif que le texte légal ne comportait pas de clause distinguant *explicitement* entre les individus sur la base de leur race ou origine ethnique et n'aurait pas été motivé par des « objections touchant à l'origine des non-nationaux qui aspiraient à entrer dans le pays »<sup>68</sup>. À la même époque, la Cour de justice de l'Union européenne avait, quant à elle, déjà reconnu qu'une discrimination pouvait être *indirecte*. À l'instar de la Cour suprême américaine qui avait consacré la notion de « *disparate impact discrimination* »<sup>69</sup>, la Cour de justice, dans sa jurisprudence relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes, avait indiqué, dès 1981, qu'une discrimination pouvait résulter d'une mesure neutre en apparence, parce que n'énonçant pas dans son libellé de distinction basée sur le sexe, mais qui, en pratique, préjudicie une proportion nettement plus élevée de femmes que d'hommes (ou inversement)<sup>70</sup>. Dans les directives adoptées par l'Union européenne depuis 2000, la discrimination indirecte est désormais définie comme se produisant lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est « susceptible d'entraîner un désavantage particulier » pour des personnes caractérisées par un critère de discrimination par rapport à d'autres personnes, à moins que cette mesure ne soit justifiée par un objectif légitime et que les moyens utilisés ne soient appropriés et nécessaires<sup>71</sup>. L'une des caractéristiques importantes de ce concept est de détacher la notion de discrimination de l'idée d'*intention* discriminatoire : c'est au regard des *effets* de la mesure sur un groupe protégé qu'il convient de déterminer s'il y a discrimination, indépendamment de la question de savoir si l'auteur de celle-ci entendait défavoriser les personnes concernées<sup>72</sup>.

L'arrêt *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000 marque une première évolution majeure de la Cour européenne des droits de l'homme à cet égard<sup>73</sup>. Elle y reconnaît, pour la première fois, qu'une norme qui, dans son libellé, n'opère pas de distinction entre individus, peut néanmoins être source de discrimination. Cet arrêt consacre une notion proche mais distincte de celle de la discrimination indirecte. La Cour y établit qu'il peut exister, dans certaines circonstances, une obligation d'appliquer un traitement distinct à des personnes placées dans des situations sensiblement différentes. Or, la notion de discrimination indirecte suppose uniquement de reconnaître qu'une norme neutre et générale peut être discriminatoire dans ses effets. Mais elle n'induit pas forcément un devoir d'opérer une distinction. Le remède à une telle discrimination peut aussi résider dans la formulation d'une nouvelle norme neutre et générale qui évite l'impact discriminatoire.

Avec l'arrêt *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, rendu l'année suivante, la Cour admet, sur le plan des principes, qu'une politique générale qui, dans les faits, affecte de manière disproportionnée un groupe particulier de personnes,

<sup>66</sup> CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, n<sup>os</sup> 18766/11 et 36030/11, §§ 191-192, qui confirme sur ce point l'arrêt *Schalk et Kopf* (CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n<sup>o</sup> 30141/04, §§ 105-110). En revanche, l'absence de toute possibilité pour les couples de même sexe d'obtenir une reconnaissance juridique de leur relation, même par le biais d'un partenariat enregistré, est jugée contraire à l'article 8 de la Convention (CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, n<sup>os</sup> 18766/11 et 36030/11, § 185 et CEDH, 13 juillet 2021, *Fedotova et autres c. Russie*, n<sup>o</sup> 40792/10, § 56 (arrêt non définitif, en cours d'examen par la Grande chambre)). L'impossibilité pour des couples de même sexe ayant contracté un mariage à l'étranger de faire reconnaître cette union en Italie est également considérée comme violant le droit au respect de la vie privée et familiale. La Cour estime cependant inutile d'examiner s'il y a eu aussi violation de l'article 14 (CEDH, 14 décembre 2017, *Orlandi et autres c. Italie*, n<sup>o</sup> 26431/12 et al.). Sur la jurisprudence de la CEDH en matière de discrimination liée à l'orientation sexuelle, cf. Emmanuelle Bribosia et Isabelle Rorive, with the collaboration of Robin Médard Inghilterra, « Sexual Orientation », in Colm O'Conneide, Julie Ringelheim and Iyiola Solanke (eds), *Edward Elgar Research Handbook on European Discrimination Law*, Edward Elgar, à paraître.

<sup>67</sup> CEDH, Plén., 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales, Balkandali c. Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 9214/80 et al., § 84.

<sup>68</sup> *Ibid.*, § 85. Une minorité, au sein de la Commission, estimait qu'il y avait bien discrimination raciale : cf. l'opinion dissidente de MM. Carrillo, Melchior et Weitzel, Comm. EDH, rapport, 12 mai 1983, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, n<sup>os</sup> 9214/80 et al.

<sup>69</sup> Cf. États-Unis, Cour Suprême, 1971, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424.

<sup>70</sup> CJUE, 31 mars 1981, *J.P. Jenkins c. Kingsgate Ltd.*, Aff. 96/80, p. 919.

<sup>71</sup> Cf., par exemple, Article 2 § 2 b de la directive 2000/43.

<sup>72</sup> Sur la notion de discrimination indirecte, cf., not., Mark Bell, « Indirect Discrimination », in Colm O'Conneide, Julie Ringelheim and Iyiola Solanke (eds), *Edward Elgar Research Handbook on European Discrimination Law*, Edward Elgar, à paraître et Dagmar SCHIEK, « Indirect Discrimination », in Dagmar SCHIEK, Lisa WADDINGTON & Marc BELL (eds), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Hart, 2007, pp. 323-375.

<sup>73</sup> CEDH [GC], 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, n<sup>o</sup> 34369/97.

pourrait être jugée discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, même si elle n'est pas spécifiquement dirigée contre ce groupe. En l'espèce, toutefois, elle déclare que des statistiques indiquant que la majorité des personnes tuées par la police en Irlande du Nord sont catholiques, ne sont pas, en tant que telles, suffisantes pour établir l'existence d'une pratique discriminatoire au sens de l'article 14<sup>74</sup>. Mais dans l'affaire *Zarb Adami c. Malte*, elle accepte de prendre en compte les statistiques produites par le requérant et démontrant que le pourcentage de femmes inscrites sur les listes des personnes susceptibles d'être appelées à siéger comme jurés est considérablement plus faible que celui des hommes, pour constater une différence de traitement fondée sur le sexe<sup>75</sup>. Le gouvernement n'ayant pas fourni de justification valable de cette différence, elle conclut à une discrimination<sup>76</sup>.

C'est toutefois avec l'arrêt de Grande chambre *D.H. et autres c. République tchèque* du 13 novembre 2007 que la Cour consacre pleinement le concept de discrimination indirecte, s'inspirant explicitement du droit de l'Union européenne. À l'origine de l'affaire, dix-huit enfants roms allèguent que leur placement dans des écoles spéciales, destinées aux enfants présentant des déficiences mentales, procède d'une discrimination liée à leur origine ethnique. Ils invoquent plusieurs documents montrant qu'un nombre disproportionné d'élèves roms sont placés dans de telles écoles, tant dans l'ensemble du pays que dans la ville où ils résident. Un premier arrêt de chambre conclut à l'absence de discrimination au motif que les requérants n'auraient pas établi que, dans leur cas personnel, leur placement et leur maintien dans ces écoles « ont été motivés par des préjugés raciaux »<sup>77</sup>. L'arrêt de Grande chambre infirme cette décision. La formation solennelle de jugement y déclare qu'une différence de traitement peut consister « en l'effet préjudiciable disproportionné d'une politique ou d'une mesure qui, bien que formulée de manière neutre, a un effet discriminatoire sur un groupe »<sup>78</sup>. Un tel impact disproportionné peut être établi à l'aide de statistiques pour autant qu'elles soient fiables et significatives<sup>79</sup>. Ce constat n'implique cependant pas *ipso facto* qu'il y ait discrimination. Mais il permet d'établir une *présomption* de discrimination indirecte, entraînant un glissement de la charge de la preuve : c'est au gouvernement, s'il veut échapper à l'accusation de discrimination, de prouver que cette différence de traitement repose sur une justification objective et raisonnable, non liée à un critère ethnique<sup>80</sup>. En l'espèce, les données statistiques citées par les requérants montrent que la mise en œuvre de la législation sur les écoles spéciales aboutit, dans les faits, à la scolarisation d'un nombre disproportionné d'enfants roms dans ces établissements spéciaux. Or, les motifs invoqués par le gouvernement ne permettent pas de justifier cet état de fait. Les tests psychologiques utilisés pour décider de l'orientation des élèves ont été jugés peu fiables par plusieurs organismes indépendants<sup>81</sup>. Quant à l'accord donné par les parents des élèves concernés, il ne constitue pas non plus une justification adéquate, les conditions d'un consentement éclairé et sans contrainte n'étant pas réunies et une renonciation au droit de ne pas faire l'objet d'une discrimination raciale ne pouvant de toute façon être admise<sup>82</sup> : il y a donc discrimination.

De façon importante, la Grande chambre dit sans ambiguïté qu'une discrimination ne requiert pas de condition d'intention : « lorsque pareil effet discriminatoire d'une législation a été démontré, il n'est pas nécessaire (...) de prouver que les autorités concernées étaient animées d'une intention de discriminer »<sup>83</sup>. Autre élément important dans cet arrêt, au lieu d'isoler le cas individuel des requérants du contexte général dans lequel il s'insère, la Cour évalue les faits à la lumière de l'incidence de la législation sur la population scolaire rom dans son ensemble. Cette démarche est cruciale pour rendre visible l'impact discriminatoire de cette législation.

Depuis lors, les constats de discrimination indirecte ont été peu nombreux. On relèvera l'arrêt *Biao c. Danemark* du 24 mai 2016, dans lequel l'obligation faite aux ressortissants danois possédant la nationalité danoise depuis moins de 28 ans de démontrer qu'eux-mêmes et leur conjoint étranger ont, avec le Danemark, des attaches plus fortes qu'avec un pays étranger pour pouvoir bénéficier du droit au regroupement familial, est jugée indirectement discriminatoire à raison de l'origine ethnique. En l'absence de statistiques disponibles, la Cour estime, au vu de la nature même de la mesure, qu'elle « a pour conséquence indirecte de favoriser les Danois d'origine ethnique danoise et de désavantager les personnes d'origine ethnique étrangère qui, comme le requérant, ont acquis la nationalité danoise après la naissance »<sup>84</sup>. Le gouvernement n'ayant pas pu démontrer qu'il existait des

<sup>74</sup> CEDH, 4 mai 2001, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, n° 24746/94, § 154. Dans le même sens, CEDH, déc., 6 janvier 2005, *Hoogendijk c. Pays-Bas*, n° 58641/00.

<sup>75</sup> CEDH, 20 juin 2006, *Zarb Adami c. Malte*, n° 17209/02, § 79.

<sup>76</sup> *Ibid.*, § 82.

<sup>77</sup> CEDH, 7 février 2006, *D.H. et autres c. République tchèque*, n° 57325/00, § 52.

<sup>78</sup> CEDH [GC], 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République tchèque*, n° 57325/00, § 184.

<sup>79</sup> *Ibid.*, § 188.

<sup>80</sup> *Ibid.*, § 189.

<sup>81</sup> *Ibid.*, §§ 200-201.

<sup>82</sup> *Ibid.*, §§ 202-204.

<sup>83</sup> *Ibid.*, § 194.

<sup>84</sup> CEDH [GC], 24 mai 2016, *Biao c. Danemark*, n° 38590/10, § 113.

considérations impérieuses non liées à l'origine ethnique propres à justifier cette différence de traitement, il y a violation de l'article 14 combiné à l'article 8<sup>85</sup>.

#### L'APPLICATION D'UN TRAITEMENT IDENTIQUE À DES PERSONNES PLACÉES DANS DES SITUATIONS DISTINCTES ET LA NOTION D'AMÉNAGEMENT RAISONNABLE

Dans l'arrêt *Thlimmenos* précité, la Cour déclare que le droit protégé à l'article 14 n'est pas seulement méconnu lorsque des personnes placées dans une situation comparable sont, sans justification objective et raisonnable, traitées de manière différente, mais également lorsque « *sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes* »<sup>86</sup>. Elle identifie ainsi une forme de discrimination supplémentaire, qui se distingue des discriminations directe et indirecte : c'est l'absence de différenciation qui est ici à l'origine de la discrimination. En l'espèce, comme la loi grecque interdisait de nommer expert-comptable toute personne ayant été reconnue coupable d'un crime, les autorités avaient refusé de nommer à ce poste le requérant au motif qu'il avait, cinq ans auparavant, été condamné pour crime pour avoir refusé, en tant que Témoin de Jéhovah, d'effectuer son service militaire en raison de ses convictions religieuses. La Cour observe que contrairement à d'autres condamnations, « *une condamnation consécutive à un refus de porter l'uniforme pour des motifs religieux ou philosophiques ne dénote aucune malhonnêteté ou turpitude morale de nature à amoindrir les capacités de l'intéressé à exercer cette profession* »<sup>87</sup>. Aussi, en adoptant la loi en cause « *sans introduire les exceptions appropriées* » pour éviter que des personnes dans la situation du requérant ne soient exclues de la profession d'expert-comptable, l'État a enfreint l'article 14 combiné à l'article 9 de la Convention<sup>88</sup>.

Ce raisonnement reflète une logique similaire à celle qui fonde le mécanisme de l'*aménagement raisonnable*. Cette notion repose sur l'idée que lorsqu'une norme neutre et générale, justifiée par un but légitime, empêche certains individus d'accéder à un emploi ou à un autre domaine d'activité, en raison d'un handicap, d'une conviction religieuse ou d'un autre motif de discrimination, ceux-ci sont en droit de réclamer un aménagement individuel de cette norme afin de leur garantir une égalité d'accès. Cet aménagement doit cependant être *raisonnable*, c'est-à-dire qu'il ne peut entraîner d'atteinte aux droits d'autrui ni un coût financier ou organisationnel excessif<sup>89</sup>. C'est aux États-Unis qu'un devoir d'aménagement raisonnable a été consacré pour la première fois par la loi, d'abord pour motif religieux dans l'emploi<sup>90</sup>, ensuite pour cause de handicap<sup>91</sup>. Au Canada, l'obligation d'« *accommodement raisonnable* », reconnue initialement par la Cour suprême en matière religieuse<sup>92</sup>, a été étendue à d'autres critères, tels que le handicap, le sexe, la grossesse ou encore l'âge<sup>93</sup>. Un devoir d'aménagement raisonnable a également été consacré en 2000 par le droit de l'Union européenne mais uniquement en faveur des personnes présentant un handicap et dans le secteur de l'emploi et du travail<sup>94</sup>. La Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, en vigueur depuis 2008, institue elle aussi un droit à l'aménagement raisonnable pour les personnes en situation de handicap, qui s'applique à tous les domaines visés par cet instrument<sup>95</sup>.

---

<sup>85</sup> *Ibid.*, § 138. Mentionnons aussi l'affaire *Di Trizio c. Suisse* dans laquelle, s'appuyant sur les statistiques fournies par les parties, la Cour constate que la méthode de calcul du taux d'invalidité appliqué aux personnes n'exerçant d'activité rémunérée qu'à temps partiel, pénalise de façon disproportionnée les femmes ayant eu des enfants. A défaut de justification raisonnable de cette différence, elle conclut à une discrimination (CEDH, 2 février 2016, *Di Trizio c. Suisse*, n° 7186/09). La notion de discrimination indirecte est également évoquée dans CEDH, 24 octobre 2019, *J.D. and A. c. Royaume-Uni*, n°s 32949/17 and 34614/17 (cf. note 102). Sur la discrimination indirecte dans la jurisprudence de la CEDH, cf. Mathias Möschel, « The Strasbourg Court and Indirect Race Discrimination: Going Beyond the Education Domain », *Modern Law Review*, vol. 80, n°1, 2017, pp. 121-132 et, pour une comparaison avec le droit de l'Union européenne, Mark Bell, *op. cit.*

<sup>86</sup> CEDH [GC], 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, n° 34369/97, § 44.

<sup>87</sup> *Ibid.*, § 47.

<sup>88</sup> *Ibid.*, § 48.

<sup>89</sup> Lisa WADDINGTON & Aart HENDRIKS, «The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination», *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2002, vol. 18, pp. 403-427. Cf. aussi Julie RINGELHEIM, « Adapter l'entreprise à la diversité des travailleurs : la portée transformatrice de la non-discrimination », *JEDH*, n° 1, 2013, pp. 57-82.

<sup>90</sup> États-Unis, *Civil Rights Act*, 1964, Title VII, § 701 (j).

<sup>91</sup> États-Unis, *American with Disabilities Act*, 1990 (42 U.S.C. §§ 12,101-12,213 (1994 & Supp. II 1996)).

<sup>92</sup> Canada, Cour Suprême, *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536.

<sup>93</sup> Pierre BOSSET, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », in Myriam JEZEQUIEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Yvon Blais, 2007, pp. 3-28.

<sup>94</sup> Art. 5 de la directive 2000/78/CE.

<sup>95</sup> Cf. son art. 5 § 3.

Dans son arrêt *Çam c. Turquie* du 23 février 2016, la Cour européenne des droits de l'homme déclare que « la discrimination fondée sur le handicap englobe également le refus d'aménagements raisonnables »<sup>96</sup>. Curieusement, elle ne se réfère pas à la jurisprudence *Thlimmenos*. Elle affirme que l'article 14 de la Convention doit être interprété en tenant compte de l'évolution du droit international et européen et en particulier de la Convention des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées<sup>97</sup>, laquelle définit les aménagements raisonnables, dans son article 2, comme « les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou induite apportée, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales ». En l'espèce, un conservatoire de musique avait refusé d'inscrire une étudiante non voyante, malgré sa réussite au concours d'entrée, au motif que sa cécité l'aurait rendue inapte à y suivre les cours. Or, l'établissement n'avait pas voulu envisager la mise en place d'aménagements raisonnables pour permettre sa scolarisation. En conséquence, la Cour juge que « la requérante s'est vu dénier, sans justification objective et raisonnable, la possibilité de suivre une éducation au sein du conservatoire de musique, à cause de son seul handicap visuel »<sup>98</sup>. Auparavant, dans l'affaire *Glor c. Suisse*, la Cour avait déjà abouti à un constat de violation de l'article 14 en raison d'un refus opposé par les autorités à une demande d'adaptation motivée par un handicap, mais sans utiliser les termes d'aménagement raisonnable. S'appuyant sur le principe de proportionnalité, elle avait souligné que « pour qu'une mesure puisse être considérée comme proportionnée et nécessaire dans une société démocratique, l'existence d'une mesure portant moins gravement atteinte au droit fondamental en cause et permettant d'arriver au même but doit être exclue »<sup>99</sup>.

En matière de liberté religieuse, en revanche, la Cour se montre généralement réticente à admettre l'idée qu'une norme *a priori* neutre et générale, qui entre en conflit avec la pratique religieuse d'un individu, puisse, à défaut de recherche d'un aménagement raisonnable, générer une violation de la Convention<sup>100</sup>.

Le principe selon lequel il peut y avoir discrimination lorsque les États parties n'appliquent pas un traitement distinct à des personnes placées dans des situations sensiblement différentes a, par ailleurs, conduit la Cour à constater une discrimination dans d'autres cas de figure, à savoir ceux dans lesquels les autorités, dans l'interprétation d'une norme qui laisse une certaine marge d'appréciation, omettent de tenir compte de la situation spécifique du requérant, liée à un critère de discrimination. L'arrêt *Taddeucci et McCall c. Italie* est particulièrement intéressant : la Cour juge qu'en interprétant, dans le cadre d'une procédure engagée aux fins d'obtenir un permis de séjour pour raison familiale, la notion de « membres de la famille » comme étant limitée aux membres d'un couple ayant fait reconnaître légalement leur union, les autorités italiennes ont commis une discrimination à l'encontre des requérants fondée sur leur orientation sexuelle. Elles ont en effet, sans justification objective et raisonnable, traité un couple homosexuel de la même manière que les couples hétérosexuels n'ayant pas régularisé leur situation, sans tenir compte du fait qu'à la différence de ces derniers, ils n'avaient accès en Italie à aucune forme de reconnaissance légale<sup>101</sup>.

<sup>96</sup> CEDH, 23 février 2016, *Çam c. Turquie*, n° 51500/08, § 67.

<sup>97</sup> *Ibid.*, §§ 64-65.

<sup>98</sup> *Ibid.*, § 69. Depuis lors, la Cour a conclu à une discrimination pour défaut d'aménagement raisonnable dans d'autres affaires, not. CEDH, 10 septembre 2020, *G.L. c. Italie*, n° 59751/15 (élève autiste privée pendant ses deux premières années d'école primaire du soutien scolaire spécialisé prévu par la loi) et CEDH, 30 janvier 2018, *Enver Şahin c. Turquie*, n° 23065/12 (impossibilité pour un étudiant paralégique d'accéder aux bâtiments universitaires). En revanche, d'autres recours pour refus d'aménagement ont abouti à un constat de non-violation, la Cour estimant que les autorités avaient déployé des efforts suffisants pour répondre aux besoins des requérants. Cf. not. CEDH, 31 mai 2022, *Arnar Helgi Larusson c. Islande*, n° 23077/19 (non définitif, demande de renvoi en cours d'examen) (manque d'accès à des centres artistiques et culturels municipaux pour les personnes se déplaçant en chaise roulante) ; CEDH, 26 octobre 2021, *Toplak et Mrak c. Slovaquie*, n° 34591/19 et 42545/19 (discrimination alléguée dans la jouissance du droit de vote à défaut d'aménagement raisonnable) et CEDH, 25 juin 2019, *Stoian c. Roumanie*, n° 289/14 (manque allégué d'aménagements raisonnables pour permettre la scolarisation d'un enfant avec un handicap). Sur cette jurisprudence, cf. not. Anna Lawson, « Reasonable Accommodation Law in Europe: Where Now and Where Next? », in Colm O'Conneide, Julie Ringelheim and Iyiola Solanke (eds), *Edward Elgar Research Handbook on European Discrimination Law*, Edward Elgar, à paraître et Claire Rommelaere, « Sur le chemin aménagé de l'école inclusive (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt G.L. c. Italie, 10 septembre 2020) », *RTDH*, 2021, n°126, pp. 447-464.

<sup>99</sup> CEDH, 30 avril 2009, *Glor c. Suisse*, n° 13444/04, § 95 (requérant non autorisé à accomplir son service militaire ou à le remplacer par un service civil en raison de son diabète mais tenu de payer une taxe d'exemption).

<sup>100</sup> Cf., not., CEDH, 3 avril 2012, *Sessa c. Italie*, n° 28790/08, § 37 et CEDH, 13 avril 2006, *Kosteski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, n° 55170/00, §§ 37-38. Dans le contexte pénitentiaire, cependant, la Cour a établi qu'en vertu de leurs obligations positives au titre de l'article 9, les autorités nationales sont tenues d'adapter la composition des repas d'un prisonnier par respect pour ses convictions religieuses, pour autant que cette adaptation ne perturbe pas la bonne administration de la prison ni ne nuise à la qualité de l'alimentation fournie aux autres détenus (CEDH, 7 décembre 2010, *Jakóbski c. Pologne*, n° 18429/06, §§ 46-47 et 52).

<sup>101</sup> CEDH, 30 juin 2016, *Taddeucci et McCall c. Italie*, n° 51362/09, § 98. Cf. aussi CEDH, 22 mars 2016, *Guberina c. Croatie*, n° 23682/13, § 92 (en évaluant la situation financière et les besoins en matière de logement du requérant aux fins de déterminer s'il pouvait bénéficier d'une exemption de la taxe sur le transfert de biens immobiliers, sans tenir compte du fait qu'il avait un enfant lourdement handicapé, les autorités nationales ont commis une discrimination liée au handicap). Pour une autre application du principe selon laquelle il peut y avoir discrimination lorsque les autorités n'opèrent pas de différenciation entre des personnes placées dans des situations sensiblement différentes : CEDH, 24 octobre 2019, *J.D. and A. c. Royaume-Uni*, n°s 32949/17 and 34614/17, §§ 84, 91, 104-105 (en décidant une réduction de l'allocation de

À partir des années 2000, la Cour a été confrontée de façon croissante à des requêtes alléguant une forme de discrimination particulièrement grave : celle consistant en des violences physiques exercées contre une personne en raison de son origine ethnique, de son sexe, de son orientation sexuelle ou encore de sa religion. Les requérants, dans ces affaires, ne se plaignent pas seulement d'avoir été victimes de brutalités, ils soutiennent en outre que c'est en raison de leur appartenance, réelle ou supposée, à un groupe spécifique qu'ils ont été les cibles de mauvais traitements.

C'est d'abord au regard des nombreuses affaires concernant des allégations de brutalités policières commises envers des personnes roms, que la Cour a construit sa jurisprudence en la matière. Elle a, dans un premier temps, établi que, pour démontrer le caractère discriminatoire des violences dénoncées, les requérants devaient en apporter la preuve « *au-delà de tout doute raisonnable* ». Ce critère exigeant de preuve s'est révélé particulièrement difficile à satisfaire dans ce type de cas<sup>102</sup>. À plusieurs reprises, la Cour a reconnu la responsabilité de l'État dans les violences commises et/ou dans l'absence d'enquête effective sur de tels incidents, constatant une violation du droit à la vie (art. 2 CESDH) ou du droit de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants (art. 3 CESDH), mais a estimé, en revanche, que la discrimination n'était pas démontrée<sup>103</sup>. Les arguments du requérant sur ce plan avaient beau être « *sérieux* », ils étaient jugés insuffisants pour satisfaire le critère de la « *preuve au-delà de tout doute raisonnable* »<sup>104</sup>.

L'arrêt de Grande chambre *Natchova et autres c. Bulgarie* du 6 juillet 2005 marque un assouplissement de cette jurisprudence. Deux jeunes conscrits roms avaient été abattus par un agent de la police militaire qui tentait de les arrêter. Pour la première fois, la Cour conclut à une violation non seulement de l'article 2, mais également de l'article 14 combiné à l'article 2. Ce constat, toutefois, ne porte que sur la dimension *procédurale* et non *matérielle* de ces dispositions. La Cour pose en principe que lorsqu'existent des indices laissant penser que des attitudes racistes sont peut-être à l'origine d'un acte de violence, l'État a l'obligation positive de mener une enquête effective sur l'existence éventuelle d'un mobile raciste<sup>105</sup>. D'un autre côté, elle confirme l'application du critère de la preuve « *au-delà de tout doute raisonnable* » pour déterminer s'il y a violation de l'article 14 sur un plan matériel, autrement dit, pour établir si les violences elles-mêmes avaient un caractère raciste. Cette preuve, cependant, « *peut résulter d'un faisceau d'indices, ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants* »<sup>106</sup>. En l'espèce, malgré les injures racistes proférées par l'agent de la police militaire durant les faits et malgré les rapports internationaux attestant de la récurrence des violences policières envers les Roms en Bulgarie, la Cour estime que le caractère discriminatoire du double homicide n'est pas établi. Contrairement à la chambre qui s'était prononcée initialement dans cette affaire, la Grande chambre se refuse à appliquer, sur la base des indices fournis par les requérants, le mécanisme du renversement de la charge de la preuve<sup>107</sup>. Elle déclare que cette démarche ne serait pas appropriée lorsqu'est en cause une allégation de violence raciste, parce qu'elle « *reviendrait à exiger du gouvernement défendeur qu'il prouve que la personne concernée n'a pas adopté une attitude subjective particulière* »<sup>108</sup> – point de vue critiqué par six juges dissidents<sup>109</sup>.

Par la suite, la Cour a confirmé que, pour établir le caractère raciste et donc discriminatoire de violences infligées par des agents étatiques, la preuve « *au-delà de tout doute raisonnable* » doit en être apportée. Elle n'a que rarement conclu que cette condition était satisfaite. Ce fut le cas dans l'importante affaire *Lingurar c. Roumanie*, concernant des allégations de violences au cours d'une intervention policière dans un village habité majoritairement par des Roms. Au vu de la manière dont cette intervention a été organisée, la Cour juge que la police a exercé ses pouvoirs de manière discriminatoire : elle a ciblé les requérants parce qu'ils étaient Roms, leur prêtant des activités

---

logement en vue d'inciter les locataires sociaux disposant d'un nombre de chambres jugé supérieur au nombre nécessaire à quitter leur logement pour s'installer dans des habitations plus petites, sans tenir compte de la situation particulière des femmes victimes de violence domestique nécessitant une protection pour leur permettre de continuer à vivre chez elle en toute sécurité – et en n'opérant donc pas de distinction en faveur des femmes dans cette situation –, les autorités ont perpétré une discrimination).

<sup>102</sup> Cf. les critiques de Mathias MÖSCHEL in «Is the European Court of Human Rights' Case Law on Anti-Roma Violence 'Beyond Reasonable Doubt'?', *HRLR*, vol. 12, n° 3, 2012, pp. 479-507.

<sup>103</sup> CEDH, 18 mai 2000, *Velikova c. Bulgarie*, n° 41488/98 ; CEDH, 13 juin 2002, *Angelova c. Bulgarie*, n° 38361/97 ; CEDH, 20 juillet 2004, *Balogh c. Hongrie*, n° 47940/99.

<sup>104</sup> CEDH, 18 mai 2000, *Velikova c. Bulgarie*, n° 41488/98, § 94 ; CEDH, 13 juin 2002, *Angelova c. Bulgarie*, n° 38361/97, § 168.

<sup>105</sup> CEDH [GC], 6 juillet 2005, *Natchova et autres c. Bulgarie*, n°s 43577/98 et 43579/98, § 160.

<sup>106</sup> *Ibid.*, § 147.

<sup>107</sup> CEDH, 26 février 2004, *Natchova et autres c. Bulgarie*, n°s 43577/98 et 43579/98, §§ 171-172.

<sup>108</sup> *Ibid.*, § 157.

<sup>109</sup> Opinion partiellement dissidente commune aux juges Casadevall, Hedigan, Mularoni, Fura-Sandström, Gyulumyan et Spielmann. Cf. aussi les critiques de Dominique ROSENBERG in « Quand la Grande Chambre affirme sa prééminence jurisprudentielle en matière de non-discrimination... L'épilogue de l'affaire *Natchova* », *RTDH*, n° 67, 2006, pp. 655-665.

criminelles en raison de leur origine ethnique, les soumettant dès lors à une forme de « *profilage ethnique* »<sup>110</sup>. Dans la majorité des affaires de violences policières dénoncées comme constitutives de discrimination raciale, cependant, la Cour n'a constaté de discrimination que sur un plan procédural, autrement dit pour absence d'enquête effective sur l'existence d'un mobile raciste<sup>111</sup>.

Dans les années qui ont suivi l'arrêt *Natchova et autres c. Bulgarie*, la Cour a étendu les principes posés à cette occasion sur deux plans importants. Elle a précisé que l'obligation positive de prendre toutes les mesures raisonnables pour découvrir une éventuelle motivation haineuse dans la commission d'incidents violents en cas d'éléments plausibles indiquant la possibilité d'un tel mobile, vaut également lorsque de tels actes sont infligés par des particuliers : « *[t]raiter la violence et les brutalités à motivation raciste sur un pied d'égalité avec les affaires sans connotation raciste équivaudrait à fermer les yeux sur la nature spécifique d'actes particulièrement destructeurs des droits fondamentaux* »<sup>112</sup>. La Cour a en outre établi que les autorités n'avaient pas seulement le devoir d'enquêter sur des crimes de haine une fois commis, mais également l'obligation positive de prendre des mesures adéquates pour *prévenir ou faire cesser* de telles violences<sup>113</sup>.

Ces mêmes principes ont été appliqués à des cas de violences et mauvais traitements liés à d'autres caractéristiques que l'origine ethnique ou raciale, à savoir la religion<sup>114</sup> et l'orientation sexuelle. La Cour a par exemple jugé que le défaut des autorités géorgiennes, malgré les demandes circonstanciées des organisateurs, de fournir une présence policière renforcée pour protéger les participants à une marche en faveur des droits des gays, lesbiennes, bisexuels et transgenres (LGBT+) contre des agressions physiques et verbales de contre-manifestants, ainsi que le défaut d'enquête effective sur le caractère homophobe de ces incidents, étaient constitutifs d'une violation de l'article 14 combiné à l'article 3<sup>115</sup>. Dans une autre affaire, elle conclut au caractère homophobe, et par conséquent discriminatoire, du comportement de policiers géorgiens eux-mêmes, en raison de leur attitude humiliante et dégradante à l'égard des requérants durant une perquisition au siège d'une ONG défendant les droits des personnes LGBT+<sup>116</sup>.

La Cour a également abordé, sous l'angle de la discrimination, la question des violences domestiques infligées aux femmes. Elle estime que l'inaction des autorités face aux plaintes et aux demandes de protection introduites par des victimes de tels traitements, dans un contexte de passivité généralisée des institutions judiciaires nationales à l'égard de cette forme de violence, révèle une discrimination basée sur le sexe<sup>117</sup>. L'analyse de la Cour s'appuie en particulier sur les travaux du Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes<sup>118</sup> et sur la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (2011), qui qualifient ces formes de violence de discrimination<sup>119</sup>. De façon importante, sur le plan de la preuve, la Cour considère qu'en matière de violence domestique, lorsque l'existence de préjugés structurels de grande ampleur a été établie, la requérante n'a pas besoin, pour démontrer une discrimination, de prouver qu'elle a, à titre individuel, été la cible de préjugés<sup>120</sup>.

---

<sup>110</sup> CEDH, 16 avril 2019, *Lingurar c. Roumanie*, requête n° 48474/14, § 76. Pour une autre affaire dans laquelle la Cour conclut au caractère discriminatoire de violences policières : CEDH, 4 mars 2008, *Stoica c. Roumanie*, n° 42722/02 (violences policières contre un adolescent rom).

<sup>111</sup> Cf., not., CEDH, 13 décembre 2005, *Bekos et Koutropoulos c. Grèce*, n° 15250/02 ; CEDH, 10 mars 2009, *Turan Çakur c. Belgique*, n° 44256/06 et CEDH, 27 janvier 2015, *Ciorcan et autres c. Roumanie*, requête n° 29414/09 et 44841/09.

<sup>112</sup> CEDH, 31 mai 2007, *Šečić c. Croatie*, n° 40116/02, § 67. Cf. aussi CEDH, 28 mars 2017, *Škorjanec c. Croatie*, n° 25536/14, § 56 et CEDH, 5 décembre 2017, *Alković c. Monténégro*, n° 66895/10, § 66. La Cour précisera encore par la suite qu'une réponse adéquate à un crime de haine suppose que ce mobile haineux soit également pris en compte dans le cadre du jugement et, le cas échéant, de la détermination de la peine prononcée à l'encontre des auteurs. Cf. CEDH, 14 juin 2022, *Stoyanova c. Bulgarie*, requête n° 56070/18, spéc. § 64.

<sup>113</sup> CEDH, 12 mai 2015, *Identoba et autres c. Géorgie*, n° 73235/12, § 63. Cf. aussi CEDH, 3 mai 2007, *Affaire membres de la Congrégation des Témoins de Jéhovah de Gldani et autres c. Géorgie*, n° 71156/01, § 140.

<sup>114</sup> cf. CEDH, 3 mai 2007, *Affaire membres de la Congrégation des Témoins de Jéhovah de Gldani et autres c. Géorgie*, n° 71156/01 ; CEDH, 14 décembre 2010, *Milanovic c. Serbie*, n° 44614/07 et CEDH, 7 octobre 2014, *Begheluri et autres c. Géorgie*, n° 28490/02.

<sup>115</sup> CEDH, 12 mai 2015, *Identoba et autres c. Géorgie*, n° 73235/12. Pour d'autres constats de violation de l'article 14 pour manquement à l'obligation positive de prendre des mesures de protection et/ou de mener une enquête effective sur des agressions potentiellement homophobes commises par des personnes privées, cf., not., CEDH, 17 mai 2022, *Oganezova c. Arménie*, requête n° 71367/12 et 72961/12 ; CEDH, 1<sup>er</sup> juin 2021, *Associations ACCEPT et autres c. Roumanie*, n° 19237/16 ; CEDH, 16 décembre 2021, *Women's Initiatives Supporting Group et autres c. Géorgie*, requêtes n° 73204/13 et 74959/13 et CEDH, 12 avril 2016, *M.C. et A.C. c. Roumanie*, n° 12060/12.

<sup>116</sup> CEDH, 8 octobre 2020, *Aghdgomelashvili et Japaridze c. Géorgie*, requête n° 7224/11, §§ 49-50. Pour un autre constat de comportement homophobe de la part de forces de police : *Women's Initiatives Supporting Group et autres c. Géorgie* (précité, note 119), §§ 75-78.

<sup>117</sup> Cf. not. CEDH, 9 juin 2009, *Opuz c. Turquie*, n° 33401/02 ; CEDH, 28 mai 2013, *Eremia c. République de Moldova*, n° 3564/11 ; CEDH, 23 mai 2017, *Bălșan c. Roumanie*, n° 49645/09 ; CEDH, 2 mars 2017, *Talpis c. Italie*, n° 41237/14 et CEDH, 9 juillet 2019, *Volodina c. Russie*, requête n° 4126/17. Sur cette jurisprudence, cf. Eugénie d'Ursel, « La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes : une révolution silencieuse ? », *RTDH*, 2018, n° 113, pp. 29-49 et Kiteri Garcia, « Violences domestiques et féminicide : la Cour européenne des droits de l'homme réceptive aux crimes de genre », *RTDH*, 2018, n° 113, pp. 257-272.

<sup>118</sup> CEDH, 9 juin 2009, *Opuz c. Turquie*, n° 33401/02, § 187.

<sup>119</sup> CEDH, 22 mars 2016, *M.G. c. Turquie*, n° 646/10, § 116.

<sup>120</sup> CEDH, 9 juillet 2019, *Volodina c. Russie*, requête n° 4126/17, § 114.

Dans sa jurisprudence relative à la liberté d'expression, la Cour considère que l'interdiction et la sanction de discours incitant à la haine contre un groupe ethnique ou religieux peuvent constituer des restrictions légitimes au droit garanti à l'article 10 de la Convention<sup>121</sup>. Mais, contrairement au PIDCP<sup>122</sup> ou à la CEDR<sup>123</sup>, la Convention européenne ne comporte pas de clause exigeant expressément de l'État partie qu'il combatte de tels discours de haine. Une obligation en ce sens peut-elle néanmoins se déduire de la Convention ? La Cour a évolué vers une réponse positive, tout en se montrant attentive à la nécessité de concilier une telle exigence avec le droit à la liberté d'expression.

Un premier pas fut franchi avec l'arrêt *Aksu c. Turquie* du 15 mars 2012. Le requérant se disait préjudicié en tant que Rom par la publication de deux ouvrages comportant des propos qu'il jugeait dévalorisants et stigmatisants à l'égard des Roms en général. Il se plaignait du rejet par les tribunaux nationaux de l'action en réparation qu'il avait introduite. La Cour, réunie en Grande chambre, admet que les faits en cause touchent au droit à la vie privée : l'identité ethnique d'un individu constitue un élément important de la vie privée et « à partir d'un certain degré d'enracinement, tout stéréotype négatif concernant un groupe peut agir sur le sens de l'identité de ce groupe ainsi que sur les sentiments d'estime de soi et de confiance en soi de ses membres »<sup>124</sup>. De tels griefs rentrent dès lors dans le champ d'application de la Convention. La Cour souligne cependant la nécessité de prendre en compte le droit à la liberté d'expression et insiste sur la marge d'appréciation à reconnaître aux autorités nationales dans la conciliation des impératifs en conflit. Elle estime que les tribunaux turcs se sont fondés sur des motifs raisonnables pour rejeter la plainte du requérant<sup>125</sup>.

Son appréciation est différente dans *R.B. c. Hongrie*, où une personne rom se plaignait d'avoir été la cible de menaces et insultes à caractère raciste proférées par des individus participant à une manifestation d'extrême-droite organisée dans un quartier rom<sup>126</sup>. Comme à l'égard des crimes de haine, elle déclare, sur la base de l'article 8, que l'État a l'obligation positive de prendre des mesures adéquates, dans la sphère du droit pénal, pour garantir aux personnes une protection contre des attaques verbales et des menaces physiques à caractère raciste, et ce, tout particulièrement dans le cas d'une minorité ethnique qui est de façon récurrente victime de violence et d'intolérance<sup>127</sup>. Lorsque la législation nationale n'offre pas de recours approprié aux victimes pour leur permettre d'obtenir qu'une enquête effective soit menée sur de tels incidents, malgré des circonstances de fait suggérant une motivation raciste, il y a violation de l'article 8 de la Convention<sup>128</sup>. Ces principes valent aussi pour les personnes victimes de discours de haine en raison de leur orientation sexuelle : dans l'affaire *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, deux hommes dénonçaient le refus des autorités d'ouvrir une enquête sur des messages postés sur Facebook appelant à la haine et à la violence contre eux après qu'ils aient publié une photo d'eux en train de s'embrasser. La Cour condamne l'État pour manquement à son obligation positive de mener une enquête effective sur ces faits et reconnaît une discrimination<sup>129</sup>.

#### LA DISCRIMINATION COMMISE PAR DES PERSONNES PRIVÉES : L'EFFET HORIZONTAL DE L'ARTICLE 14

La discrimination n'émane pas seulement des autorités publiques, elle se manifeste aussi dans les rapports entre particuliers. Or, les caractéristiques de l'article 14 de la Convention rendent *a priori* malaisée son application à des litiges relatifs à des actes discriminatoires commis par des personnes privées<sup>130</sup>. De manière générale, la

<sup>121</sup> Cf., not. CEDH, 10 juillet 2008, *Soulas et autres c. France*, n° 15948/03. Dans certaines affaires, la Cour, s'appuyant sur l'article 17, a estimé que des attaques générales et véhémentes contre un groupe ethnique ou religieux, foncièrement contraires aux valeurs de la Convention, ne bénéficiaient pas de la protection de l'article 10. Cf., not., CEDH, déc., 16 novembre 2004, *Norwood c. Royaume-Uni*, n° 23131/03 ; CEDH, déc., 20 octobre 2015, *M'Bala M'Bala c. France*, n° 25239/13 et CEDH, déc., 27 juin 2017, *Belkacem c. Belgique*, n° 34367/14, §§ 32-33.

<sup>122</sup> Art. 20 § 2.

<sup>123</sup> Art. 4 a).

<sup>124</sup> CEDH [GC], 15 mars 2012, *Aksu c. Turquie*, n°s 4149/04 et 41029/04, § 58. Dans *Sousa Goucha c. Portugal*, la Cour juge que des propos stigmatisant l'orientation sexuelle d'un individu en assimilant celle-ci à son identité de genre, constituent une atteinte à la réputation susceptible d'atteindre un degré suffisant de sérieux parce qu'elle touche à un aspect intime de la personne, justifiant l'applicabilité de l'article 8 (CEDH, 22 mars 2016, *Sousa Goucha c. Portugal*, n° 70434/12, § 27).

<sup>125</sup> *Aksu c. Turquie* (précité, note 128), §§ 82-88. La Cour estime par ailleurs que l'article 14 n'est pas en cause, à défaut de preuve que les publications litigieuses eussent une intention discriminatoire ou aient produit un effet discriminatoire (§ 45). Dans *Sousa Goucha c. Portugal*, la Cour conclut que les juridictions internes ont ménagé un juste équilibre entre le droit du requérant au respect de sa vie privée à travers la protection de sa réputation et le droit à la liberté d'expression (CEDH, 22 mars 2016, *Sousa Goucha c. Portugal*, n° 70434/12, § 56). Elle juge qu'il n'y a pas eu de discrimination parce que les décisions des juridictions n'étaient pas motivées par son orientation sexuelle (*ibid.*, §§ 65-67).

<sup>126</sup> CEDH, 12 avril 2016, *R.B. c. Hongrie*, n° 64602/12.

<sup>127</sup> *Ibid.*, § 81.

<sup>128</sup> *Ibid.*, § 91.

<sup>129</sup> CEDH, 14 janvier 2020, *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, requête n° 41288/15, spéc. §§ 110-111 et 129.

<sup>130</sup> Caroline PICHERAL, *op. cit.*, pp. 525-528.

Convention n'impose d'obligations qu'aux États. Contrairement à l'article 26 du PIDCP et aux directives de l'Union européenne, l'article 14 n'exige pas expressément que le droit national interdise la discrimination. Par ailleurs, une grande partie des discriminations entre particuliers se situent dans des domaines relevant du champ économique, comme l'emploi et le logement. Dès lors, la quasi-absence de reconnaissance de droits économiques et sociaux dans la Convention entrave la possibilité de mettre en cause ce type de faits sur la base de l'article 14, vu le caractère accessoire de cette disposition.

L'évolution de la jurisprudence a toutefois permis à la Cour de surmonter en partie ces obstacles et de consacrer une obligation, pour l'État, de combattre la discrimination, y compris dans les rapports entre personnes privées, conférant ainsi un effet horizontal à l'article 14<sup>131</sup>. Cette reconnaissance est intervenue assez tardivement comparée à d'autres dispositions de la Convention. C'est d'abord en matière de lutte contre les crimes de haine que la Cour a dégagé de l'article 14 une telle obligation. Dans l'arrêt *Šečić c. Croatie* du 31 mai 2007, elle établit, à charge des autorités nationales, une obligation positive de prendre les mesures propres à prévenir et sanctionner les crimes de haine commis par des particuliers<sup>132</sup>. Avec l'arrêt *Danilenkov c. Russie* du 30 juillet 2009, c'est contre la discrimination dans l'emploi qu'elle reconnaît un devoir de protection s'imposant à l'État. Les requérants, discriminés par leur employeur privé en raison de leur appartenance syndicale, accusaient les autorités nationales d'avoir toléré les politiques discriminatoires de l'entreprise et refusé d'examiner leurs griefs, à défaut de mécanisme juridique adéquat en droit interne. La Cour affirme qu'en vertu de l'article 14 combiné à l'article 11, les États ont l'obligation positive « de mettre en place un système judiciaire qui garantisse une protection réelle et effective contre la discrimination syndicale »<sup>133</sup>. Les individus victimes d'un traitement discriminatoire doivent pouvoir dénoncer celui-ci et intenter une action en justice pour obtenir réparation<sup>134</sup>. S'appuyant sur les principes établis par l'Organisation internationale du travail et le Comité européen des droits sociaux, la Cour précisera par la suite que ce droit de recours doit inclure un partage de la charge de la preuve : celui-ci implique que lorsqu'un travailleur établit des faits permettant de présumer une discrimination, la charge de la preuve bascule vers l'employeur à qui il revient de démontrer que le traitement défavorable repose sur une justification légitime<sup>135</sup>. Le principe affirmé ici l'est de manière générale : il vaut donc pour d'autres discriminations que la discrimination syndicale.

Certes, pour entrer dans le champ d'application de l'article 14, la mesure contestée doit porter sur l'exercice d'un droit garanti par la Convention. Mais l'évolution de l'interprétation de l'article 8 a accru les possibilités de satisfaire cette condition. La Cour a en effet reconnu que la notion de vie privée s'étend à des éléments de l'identité personnelle d'un individu, tel que son sexe, de sorte qu'une mesure aussi drastique qu'un licenciement basé uniquement sur ce motif affecte son identité, son estime de soi et donc sa vie privée<sup>136</sup>. Un raisonnement analogue pourrait s'appliquer à une mesure similaire basée sur l'identité ethnique puisque celle-ci constitue aussi, pour la Cour, un élément important de la vie privée<sup>137</sup>. Par ailleurs, la Cour a établi que la responsabilité de l'État pouvait être engagée sur le terrain de l'article 9 pour défaut de protection d'un individu contre un traitement défavorable infligé par son employeur privé à raison de sa religion<sup>138</sup>.

## L'ACTION POSITIVE

Dès l'*Affaire linguistique belge*, la Cour observe en *obiter dictum* que des différences de traitement peuvent être légitimes lorsqu'elles ont pour but de « corriger des inégalités de fait »<sup>139</sup>. Elle accepte ainsi que des politiques d'*action positive* ou *action affirmative*, autrement dit des politiques visant à *promouvoir* l'égalité par des mesures volontaristes destinées à compenser ou éliminer une situation d'inégalité subie par un groupe en raison de discriminations passées ou présentes, sont, sur le principe, compatibles avec l'article 14. Ces politiques peuvent notamment se traduire par l'octroi d'un traitement préférentiel aux membres du groupe visé. La CEDR

<sup>131</sup> Claire Loven, ““Verticalised” cases before the European Court of Human Rights unravelled: an analysis of their characteristics and the Court’s approach to them”, *NQHR*, 2020, vol. 38, n°4, pp. 246-263.

<sup>132</sup> CEDH, 31 mai 2007, *Šečić c. Croatie*, n° 40116/02.

<sup>133</sup> CEDH, 30 juillet 2009, *Danilenkov et autres c. Russie*, n° 67336/01, § 124.

<sup>134</sup> *Idem*. L'affaire *Pla et Puncernau* fournit un autre exemple d'effet horizontal de l'article 14. Était en cause l'interprétation littérale donnée par les tribunaux nationaux à une clause testamentaire, conduisant à exclure le requérant de la succession de son père au motif qu'il était un enfant adopté et non un enfant biologique. La Cour juge qu'il y a discrimination (CEDH, 13 juillet 2004, *Pla et Puncernau c. Andorre*, n° 69498/01). Cf. aussi, pour un autre cas de discrimination en matière d'héritage résultant de l'acte juridique d'une personne privée, CEDH, 5 juillet 2022, *Dimici c. Turquie*, n°70133/16 (application par les tribunaux, au détriment d'une femme et de ses héritiers, du statut d'une fondation privée du 16<sup>ème</sup> siècle réservant un revenu aux descendants masculins de son fondateur).

<sup>135</sup> CEDH, 8 mars 2022, *Zakharova et autres c. Russie*, n°12736/10, § 43 (concernant également un cas de discrimination syndicale).

<sup>136</sup> CEDH, 2 décembre 2014, *Emel Boyraz c. Turquie*, n° 61960/08, § 44.

<sup>137</sup> CEDH [GC], 15 mars 2012, *Aksu c. Turquie*, n°s 4149/04 et 41029/04, § 58.

<sup>138</sup> Cf., not., CEDH, 15 janvier 2013, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, n°s 48420/10 et al.

<sup>139</sup> *Affaire linguistique belge*, p. 31, § 10.

(article 1 § 4) et la CEDEF (article 4 § 1) permettent expressément l'adoption de « *mesures temporaires spéciales* » visant à réaliser ou accélérer l'égalité. Elles fixent néanmoins deux conditions : elles doivent être nécessaires au vu de la situation du groupe concerné et rester limitées dans le temps ; elles ne peuvent être maintenues une fois les objectifs atteints<sup>140</sup>. Dans le droit de l'Union européenne, les directives antidiscriminatoires autorisent également les États à maintenir ou adopter des mesures dites d'action positive<sup>141</sup>. La Cour de justice a toutefois identifié des conditions à respecter pour assurer la compatibilité de ces mesures avec le principe d'égalité de traitement<sup>142</sup>.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière reste très limitée. Pour juger de la conformité d'un tel dispositif avec l'article 14, la Cour applique les critères classiques de sa jurisprudence relative à la discrimination : elle vérifie si la mesure a réellement pour but légitime de corriger une inégalité de fait et si elle respecte le principe de proportionnalité. Elle laisse toutefois aux États une marge d'appréciation dans ce domaine. Ainsi, dans l'affaire *Stec et autres c. Royaume-Uni*, à propos de la différence de traitement entre hommes et femmes quant à l'âge légal de départ à la retraite, elle constate que cette distinction a été introduite en 1940 « *afin d'atténuer l'inégalité et le désavantage financiers qui résultaient pour la femme du fait que son rôle consistait traditionnellement à s'occuper, sans rémunération, de sa famille au sein de son foyer plutôt que d'exercer une occupation professionnelle rémunérée* »<sup>143</sup>. Destinée à corriger des inégalités factuelles entre hommes et femmes, cette mesure était, à l'origine du moins, objectivement justifiée au regard de l'article 14 de la Convention. Cependant, les transformations sociales et économiques ont fini par faire disparaître la nécessité d'un tel traitement spécial. Mais ce processus a été graduel de sorte qu'il serait difficile, voire impossible, de déterminer le moment exact où la disparité a cessé d'être suffisamment justifiée<sup>144</sup>. La Cour conclut qu'on ne peut reprocher au Royaume-Uni, compte tenu de sa marge d'appréciation, de ne pas s'être engagé plus tôt dans la voie de l'harmonisation des âges de départ à la retraite<sup>145</sup>.

Des mesures d'action positive peuvent-elles, dans certaines situations, être considérées comme obligatoires ? La CEDR requiert expressément des États qu'ils prennent, si les circonstances l'exigent, des « *mesures spéciales et concrètes* » pour assurer à certains groupes raciaux le plein exercice de leurs droits et libertés dans des conditions d'égalité<sup>146</sup>. Le PIDCP ne contient pas de clause similaire mais le Comité des droits de l'homme, interprétant l'article 26 du Pacte, indique que le « *principe d'égalité suppose parfois de la part des États parties l'adoption de mesure en faveur de groupes désavantagés, visant à atténuer ou à supprimer les conditions qui font naître ou contribuent à perpétuer la discrimination interdite par le Pacte* ». Ces mesures « *peuvent consister à accorder temporairement un traitement préférentiel dans des domaines spécifiques* », par exemple dans des cas « *où la situation générale de certains groupes de population empêche ou compromet leur jouissance des droits de l'homme* »<sup>147</sup>. Les situations visées semblent être celles dans lesquelles les membres d'un groupe particulier sont victimes d'une discrimination d'une telle ampleur qu'on peut la qualifier de structurelle ou systémique<sup>148</sup>.

La position de la Cour européenne des droits de l'homme est moins claire. Au titre des principes généraux relatifs à l'article 14, elle a plusieurs fois observé que « *dans certaines circonstances, l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité peut en soi emporter violation de la disposition en cause* »<sup>149</sup>. Elle n'a cependant constaté de discrimination résultant de l'absence de mesures visant à corriger une inégalité de fait qu'en lien avec une problématique très spécifique, celle de la ségrégation scolaire à l'encontre des enfants Roms, phénomène qui

---

<sup>140</sup> Cf. Ineke BOEREFIJN *et al.* (eds.), *Temporary Special Measures. Accelerating de facto equality of women under Article 4(1) UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Intersentia, 2003.

<sup>141</sup> Cf., not., art. 5 de la directive 2000/43/CE.

<sup>142</sup> Sur cette jurisprudence, cf. not. Christopher McCrudden, *Gender-based positive action in employment in Europe. A comparative analysis of legal and policy approaches in the EU and EEA*, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Luxembourg, Publication office of the European Union, 2019, pp. 63-78 et Kimberly A. Liu, "Positive Action", in Colm O'Conneide, Julie Ringelheim and Iyiola Solanke (eds), *Edward Elgar Research Handbook on European Discrimination Law*, Edward Elgar, à paraître.

<sup>143</sup> CEDH [GC], 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 65731/01 et 65900/01, § 61.

<sup>144</sup> *Ibid.*, § 62.

<sup>145</sup> *Ibid.*, § 64.

<sup>146</sup> Art. 2 § 2 CEDR. Cf. aussi CEDEF, art. 3

<sup>147</sup> Com.DH, obs. gén. n<sup>o</sup> 18, *Non-discrimination*, § 10. La CEDR requiert expressément des États qu'ils prennent, si les circonstances l'exigent, des « *mesures spéciales et concrètes* » pour assurer à certains groupes raciaux le plein exercice de leurs droits et libertés dans des conditions d'égalité (art. 2 § 2). Cf. aussi CEDEF, art. 3.

<sup>148</sup> Olivier DE SCHUTTER, « Article 26 », in Emmanuel DECAUX, *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2008, pp. 561-593, spéc. pp. 587-588. Sur les notions de discrimination structurelle et systémique, cf. not. Ronald Craig, *Systemic Discrimination in Employment and the Promotion of Ethnic Equality*, Martinus Nijhoff, 2007 et Julie RINGELHEIM, « Discrimination », in John SOLOMOS (ed), *The Routledge Encyclopedia of Race and Racism*, Routledge, à paraître.

<sup>149</sup> Cf., not., CEDH [GC], 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 65731/01 et 65900/01, § 51 et CEDH [GC], 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République tchèque*, n<sup>o</sup> 57325/00, § 175.

persiste dans plusieurs pays<sup>150</sup>. De manière générale, elle a reconnu que les Roms, en raison de leur histoire, constituaient une minorité particulièrement défavorisée et vulnérable, nécessitant une protection spéciale<sup>151</sup>. Dans le domaine particulier de l'accès à l'éducation, la Cour a établi une obligation positive, à charge des États parties, de prendre des mesures pour éviter la perpétuation des discriminations passées ou de pratiques discriminatoires masquées sous une apparence de neutralité. Elle en a d'abord déduit que le maintien de pratiques conduisant à placer un nombre disproportionné d'élèves roms dans des classes ou des institutions séparées et à leur dispenser un enseignement de moindre qualité, au motif d'une maîtrise insuffisante de la langue nationale ou de difficultés d'apprentissages supposées, *sans prendre des mesures adéquates visant à répondre à leurs besoins spécifiques et à assurer leur intégration* dans des classes et des écoles ordinaires, était constitutive de discrimination<sup>152</sup>. La Cour a ensuite également reconnu que, face à une situation de ségrégation de fait dans une école, celle-ci étant quasi-exclusivement fréquentée par des élèves Roms, les autorités avaient l'obligation de mettre en œuvre des mesures adéquates de déségrégation, même si cette situation ne résultait pas d'une intention discriminatoire des autorités<sup>153</sup>. Reste que les implications de cette jurisprudence pour d'autres formes d'inégalités que la ségrégation, et pour d'autres domaines, comme l'emploi, sont incertaines. Il serait souhaitable que la Cour précise les conditions qui doivent être réunies pour faire naître, sur le fondement de l'article 14 de la Convention, une éventuelle obligation d'adopter des mesures d'action positive.

---

<sup>150</sup> Sur la jurisprudence de la CEDH relative à la ségrégation scolaire, Cf. Julie RINGELHEIM, « La discrimination dans l'accès à l'éducation : les leçons de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, n° 105, 2016, pp. 77-96. L'arrêt fondateur de cette jurisprudence est CEDH [GC], 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République tchèque*, n° [57325/00](#).

<sup>151</sup> CEDH [GC], 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République tchèque*, n° [57325/00](#), § 182.

<sup>152</sup> CEDH [GC], 16 mars 2010, *Oršuš et autres c. Croatie*, n° [15766/03](#), 16 mars 2010, §§ 177 et 184 (placement d'un nombre disproportionné d'enfants roms dans des classes séparées au motif d'une connaissance insuffisante de la langue nationale sans prendre les mesures nécessaires pour assurer leur apprentissage rapide de cette langue en vue de les réintégrer à brève échéance dans des classes mixtes) et CEDH, 29 janvier 2013, *Horváth et Kiss*, n° 11146/11, §§ 116 et 124 (surreprésentation des élèves roms dans des écoles destinées aux enfants présentant un retard mental léger, en l'absence de garanties adéquates visant à assurer la prise en compte des besoins particuliers de cette minorité). Sur cette question, Edouard DUBOUT, « La Cour européenne des droits de l'homme et la justice sociale – A propos de l'égal accès à l'éducation des membres d'une minorité », *RTDH*, n° 84, 2010, pp. 987-1011.

<sup>153</sup> CEDH, 31 mai 2022, *X et autres c. Albanie*, nos 73548/17 et 45521/19 (décidé sur la base de l'article 1 du Protocole n°12) et CEDH, 30 mai 2013, *Lavida et autres c. Grèce*, n° 7973/10, § 73. Cf. Merel Vrancken, « Breaking the 'circle of marginalisation through desegregation measures: X and Others v. Albania », *Strasbourg Observers*, July 1, 2022, <https://strasbourgobservers.com/2022/07/01/breaking-the-circle-of-marginalisation-through-desegregation-measures-x-and-others-v-albania/>.

## LES CRITÈRES PROHIBÉS DE DISCRIMINATION

### A. LES CRITÈRES DE DISCRIMINATION COUVERTS PAR LA CONVENTION

L'article 14 énumère une série de critères prohibés de discrimination : le sexe<sup>154</sup>, 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 ou la naissance. L'orientation sexuelle, le handicap ou l'âge, qui figurent à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et à l'article 19 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, n'y sont en revanche pas mentionnés. Mais la liste de l'article 14 commence par l'adverbe « *notamment* » et se termine par les termes « *ou toute autre situation* ». Comme l'a reconnu la Cour, elle n'est donc pas exhaustive. Elle « *revêt un caractère indicatif, et non limitatif* »<sup>155</sup>. En conséquence, des différences de traitement fondées sur d'autres critères que ceux qui y sont expressément cités, peuvent rentrer dans le champ d'application de l'article 14. La Cour a admis sans difficulté que des motifs reconnus dans d'autres conventions ou instruments internationaux interdisant la discrimination, comme la nationalité<sup>156</sup>, l'orientation sexuelle<sup>157</sup>, le handicap<sup>158</sup>, l'appartenance à un syndicat<sup>159</sup> et l'état de santé<sup>160</sup>, relèvent de cette disposition. La « *transsexualité* » a aussi été considérée comme couverte par l'article 14<sup>161</sup>. Mais la Cour a également appliqué l'article 14 à des distinctions fondées sur des critères plus conjoncturels, de nature très variable, comme le grade militaire<sup>162</sup>, la qualité de locataire d'un bien appartenant à l'État plutôt qu'à un propriétaire privé<sup>163</sup> ou encore le fait d'être un ancien membre du KGB<sup>164</sup>.

Une certaine hésitation est perceptible dans la jurisprudence à propos de la notion d' « *autre situation* »<sup>165</sup>. Dans certains arrêts, la Cour affirme que cette notion comporte une limite : elle ne viserait que des motifs constituant une « *caractéristique personnelle ('situation') par laquelle des personnes ou groupes de personnes se distinguent les uns des autres* »<sup>166</sup>. Dans certains contextes, elle en déduit que seules les distinctions de traitement fondées sur des caractéristiques innées ou relevant d'un choix fondamental de la personne, comparables aux motifs classiques du sexe, de l'origine ethnique ou raciale ou de la religion, entreraient dans le champ d'application de l'article 14<sup>167</sup>. Mais d'autres décisions récusent cette interprétation restrictive. Dans l'arrêt *Clift c. Royaume-Uni*, en particulier, la Cour dit clairement que l'application de l'article 14 n'est pas limitée aux distinctions basées sur une caractéristique personnelle si l'on entend par là un facteur inné ou inhérent à la personne concernée<sup>168</sup>.

Le caractère non limitatif de la liste des critères prohibés dans l'article 14 a facilité la reconnaissance de la discrimination dite « *par association* », autrement dit la discrimination subie par un individu en raison de ses liens étroits avec une personne présentant une caractéristique protégée. Cette évolution a été favorisée par l'exemple de

---

<sup>154</sup> La Cour a établi qu'une différence de traitement liée à la *grossesse* et dépourvue de justification s'analyse en une discrimination directe fondée sur le sexe (CEDH, 20 octobre 2020, *Napotnik c. Roumanie*, n° 33139/13, § 77). Dans l'affaire *Napotnik*, la Cour estime cependant que la décision du ministère des affaires étrangères de rappeler une diplomate en poste à l'étranger en raison de sa grossesse ne constitue pas une discrimination. Cette décision pouvait selon elle se justifier par la nécessité de maintenir la capacité fonctionnelle de la mission diplomatique qui pouvaient être compromis par les absences qu'entraîneraient les consultations médicales et le congé de maternité de la requérante. La Cour prend aussi en compte le fait que cette mesure n'a pas eu de conséquence négative sur la carrière à long terme de la requérante (*ibid.*, §§ 84 et 86). Pour un commentaire critique de cet arrêt, cf. B. Önder, « Addressing Gender Discrimination at Work, Still an Important Challenge for the ECtHR in *Napotnik v. Romania* », 21 décembre 2020, Strasbourg Observers, <https://strasbourgobservers.com/2020/12/21/addressing-gender-discrimination-at-work-still-an-important-challenge-for-the-ecthr-in-napotnik-v-romania/> (dernière visite : le 1<sup>er</sup> octobre 2022). En revanche, la Cour conclut à une discrimination liée à la grossesse dans CEDH, 4 février 2021, *Jurčić c. Croatie*, n° 54711/15 (refus d'accorder à la requérante une couverture d'assurance-maladie professionnelle pendant sa grossesse).

<sup>155</sup> CEDH, Plén., 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, n° 5100/71 *et al.*, § 72.

<sup>156</sup> CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, n° 17371/90, § 41.

<sup>157</sup> CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, n° 33290/96, § 28 (discrimination dans l'attribution de la garde d'un enfant après divorce).

<sup>158</sup> CEDH, 30 avril 2009, *Glor c. Suisse*, n° 13444/04, § 80.

<sup>159</sup> CEDH, 30 juillet 2009, *Danilenkov et autres c. Russie*, n° 67336/01 et CEDH, 8 mars 2022, *Zakharova et autres c. Russie*, n° 12736/10.

<sup>160</sup> CEDH, 12 janvier 2021, *Ryser c. Suisse*, n° 23040/13, § 51 et CEDH, 10 mars 2011, *Kiyutin c. Russie*, n° 2700/10, § 57 (discrimination liée à la séropositivité).

<sup>161</sup> CEDH, 30 novembre 2010, *P.V. c. Espagne*, n° 35159/09, § 30.

<sup>162</sup> CEDH, Plén., 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, n° 5100/71 *et al.*.

<sup>163</sup> CEDH, 18 février 1999, *Larkos c. Chypre*, n° 29515/95.

<sup>164</sup> CEDH, 27 juillet 2004, *Sidabras et Džiautas c. Lituanie*, n° 55480/00 et 59330/00.

<sup>165</sup> Janneke GERARDS, "The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights", *HRLR*, 2013, vol. 13, n°1, pp. 99-124.

<sup>166</sup> CEDH, 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, n° 5095/71 *et al.*, § 56. Cf. aussi CEDH, 6 juin 2000, *Magee c. Royaume-Uni*, n° 28135/95, § 50 et CEDH [GC], 16 mars 2010, *Carson et autres c. Royaume-Uni*, n° 42184/05, §§ 70-71.

<sup>167</sup> Par ex., CEDH, déc., 27 avril 2010, *Springett et autres c. Royaume-Uni*, n° 34726/04 *et al.* (distinction basée sur la date d'émigration) et CEDH, déc., 10 septembre 2011, *Peterka c. République tchèque*, n° 21990/08 (distinction basée sur le type de contrat de travail).

<sup>168</sup> CEDH, 13 juillet 2010, *Clift c. Royaume-Uni*, n° 7205/07, §§ 58-59. Une distinction entre détenus quant aux modalités d'accès à une libération conditionnelle basée sur la longueur de leur peine, rentre donc dans le champ d'application de l'article 14. Cf. aussi CEDH, 15 décembre 2015, *Fabian c. Hongrie*, n° 78117/13, § 27 (distinction entre retraités selon qu'ils continuent ou non à occuper un emploi dans la fonction publique).

la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>169</sup>. À propos du cas d'un père disant avoir subi un traitement défavorable en raison du handicap de son enfant, la Cour européenne déclare que les termes « *autre situation* » ne visent pas uniquement les caractéristiques « *personnelles* » au sens d'innées ou inhérentes à la *personne du requérant*<sup>170</sup>. Un traitement moins favorable appliqué à un individu en raison du handicap de son enfant, dont il a la charge, peut constituer une discrimination basée sur le handicap couverte par l'article 14<sup>171</sup>. Dans l'arrêt *Škorjanec c. Croatie*, la Cour applique un raisonnement analogue dans une affaire de délit de haine. Elle observe que « *certaines victimes de délits de haine sont visées non pas parce qu'elles possèdent une caractéristique particulière, mais en raison de leurs liens avec une personne dont on sait ou présume qu'elle présente cette caractéristique, par exemple du fait de l'appartenance de la victime à un certain groupe ou de leurs liens avec ce groupe, ou bien de leurs attaches réelles ou supposées avec un membre d'un certain groupe, découlant notamment d'une relation personnelle, de l'amitié ou du mariage (...)* »<sup>172</sup>. A l'origine de cette affaire, une femme avait été agressée, alors qu'elle se promenait avec son compagnon rom, par des individus proférant des insultes racistes. Bien que cette femme n'était pas rom elle-même, la Cour estime que les circonstances de l'attaque laissaient soupçonner un mobile raciste, sur lequel il appartenait aux autorités d'enquêter.

La souplesse autorisée par l'article 14 dans l'appréhension des critères de discrimination peut également faciliter la prise en compte des discriminations dites  *multiples*  ou  *intersectionnelles* <sup>173</sup>. On vise par là les cas où une personne se voit discriminée pour des raisons tenant à une combinaison de  *plusieurs*  critères de discrimination, par exemple, le fait d'être une femme noire ou une personne handicapée d'origine étrangère<sup>174</sup>. Jusqu'à présent, toutefois, cette forme particulière de discrimination a été rarement prise en compte dans la jurisprudence. Dans l'affaire *B.S. c. Espagne*, la requérante ainsi que deux organisations ayant soumis une tierce intervention avaient invité la Cour à reconnaître une discrimination multiple ou « multifactorielle ». La requérante était une femme noire, d'origine nigériane, exerçant la prostitution, qui se disait victime de discrimination de la part de la police et du système judiciaire. Elle alléguait avoir fait l'objet de contrôles répétés, vexatoires et violents, accompagnés d'insultes faisant référence à la fois à sa couleur de peau et à sa condition de femme prostituée. Selon elle, « *ces facteurs ne [pouvaient] être dissociés et [devaient] être pris en compte dans leur ensemble, leur interaction étant essentielle pour l'examen des faits de l'espèce* »<sup>175</sup>. La Cour rappelle le devoir qu'ont les autorités, en vertu des articles 3 et 14 de la Convention, de rechercher s'il existe un lien entre des attitudes racistes et un acte de violence. Et ajoute que « *les décisions rendues en l'espèce par les juridictions internes n'ont pas pris en considération la vulnérabilité spécifique de la requérante, inhérente à sa qualité de femme africaine exerçant la prostitution* ». Elle en conclut que les autorités ont manqué à leur obligation « *de prendre toutes les mesures possibles pour rechercher si une attitude discriminatoire avait pu ou non jouer un rôle dans les événements* »<sup>176</sup>. Elle reconnaît ainsi à demi-mot la discrimination multiple. Mais, quelques années plus tard, dans l'affaire *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, la Cour constate expressément que la requérante a été victime d'une discrimination fondée sur deux motifs : le sexe et l'âge<sup>177</sup>. Celle-ci se plaignait de la décision de la Cour administrative suprême de réduire l'indemnité qui lui avait été accordée suite à une faute médicale qui avait généré chez elle des problèmes gynécologiques, au motif que la sexualité aurait moins d'importance pour une femme quinquagénaire mère de deux enfants que pour une femme plus jeune.

---

<sup>169</sup> CJUE, 17 juillet 2008, *S. Coleman v Attridge Law and Steve Law*, C-303/06, § 56 (discrimination subie par une femme en raison du handicap de son enfant) ; CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, C-83/14, § 56 (discrimination subie par une femme en raison du fait qu'elle réside dans un quartier majoritairement habité par des Roms).

<sup>170</sup> CEDH, 22 mars 2016, *Guberina c. Croatie*, n° 23682/13, § 78.

<sup>171</sup> *Ibid.*, § 79. Pour un autre exemple de discrimination par association reconnue par la Cour, cf. CEDH [GC], 19 décembre 2018, *Molla Sali c. Grèce*, n° 20452/14 (femme discriminée en matière d'héritage en raison du fait qu'elle était l'épouse d'un homme appartenant à la communauté musulmane de Thrace occidentale).

<sup>172</sup> CEDH, 28 mars 2017, *Škorjanec c. Croatie*, n° 25536/14, § 66.

<sup>173</sup> En ce sens, Oddný Mjöll ARNARDOTTIR, "Multidimensional Equality from within: Themes from the European Convention on Human Rights" in Dagmar SCHIEK and Victoria CHEGE (eds), *European Union Non-Discrimination Law, Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*, Routledge, 2009, pp. 53-89.

<sup>174</sup> Sur cette notion, cf. Shreya Atrey, *Intersectional Discrimination*, Oxford, Oxford University Press, 2019 et Emmanuelle Bribosia, Robin Médard Inghilterra et Isabelle Rorive, « Discrimination intersectionnelle en droit : mode d'emploi », *RTDH*, n°126, 2021/2, pp. 241-274.

<sup>175</sup> CEDH, 24 juillet 2012, *B.S. c. Espagne*, n° 47159/08, § 61. Cf. aussi les arguments des tiers intervenants, §§ 65-66.

<sup>176</sup> *Id.*, § 71, nous soulignons.

<sup>177</sup> CEDH, 25 juillet 2017, *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, § 53. Pour un autre constat de discrimination à raison de deux motifs, cf. CEDH, 11 mai 2021, *Yocheva et Ganeva c. Bulgarie*, n° 18592/15 et 43863/15, § 125 (discrimination dans l'accès aux allocations familiales fondée à la fois sur le sexe et sur le statut familial de la requérante en tant que mère célibataire d'un enfant de père inconnu). Sur la base du Protocole n° 12, la Cour, dans l'affaire *Pilav c. Bosnie-Herzégovine*, a également constaté une discrimination fondée sur la combinaison de deux motifs, à savoir l'origine ethnique et le lieu de résidence. Le requérant était empêché de se présenter aux élections présidentielles parce qu'il était d'appartenance ethnique bosniaque et résidait en Republika Srpska (CEDH, 9 juin 2016, *Pilav c. Bosnie-Herzégovine*, n° 41939/07, § 48). Cf. chapitre consacré à l'article 1 du Protocole n° 12.

Si la Cour accepte d'examiner sous l'angle de l'article 14 des allégations de discrimination basée sur de nombreux facteurs, certains critères suscitent un contrôle plus intense que d'autres. Lorsque ces critères sont en jeu, la Cour considère que le risque de discrimination est particulièrement élevé. L'État ne disposera en principe que d'une marge d'appréciation réduite et devra faire état de raisons impérieuses pour justifier la mesure dénoncée.

C'est d'abord dans le cas du sexe que ce principe a été affirmé. Dans l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, la Cour déclare que « *la progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des États membres du Conseil de l'Europe. Partant, seules des raisons très fortes pourraient amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur le sexe* »<sup>178</sup>. Par la suite, une position analogue a été adoptée à propos des différences de traitement entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage<sup>179</sup>. La Cour se montre particulièrement stricte lorsqu'une distinction liée à la « *race* » ou l'origine ethnique est en cause : « *aucune différence de traitement fondée exclusivement ou de manière déterminante sur l'origine ethnique d'un individu ne peut passer pour objectivement justifiée dans une société démocratique contemporaine, fondée sur les principes du pluralisme et du respect de la diversité culturelle* »<sup>180</sup>. Elle définit la discrimination fondée sur l'« *origine ethnique* » comme une forme de discrimination raciale<sup>181</sup>, laquelle exige « *une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités* »<sup>182</sup>. La Cour a également établi que des raisons impérieuses devaient être fournies pour justifier une distinction de traitement fondée sur la nationalité<sup>183</sup>, sur l'orientation sexuelle<sup>184</sup> et sur le handicap<sup>185</sup>.

L'appartenance religieuse semble aussi compter parmi ces critères suspects puisque la Cour a déclaré qu'« *on ne saurait tolérer une distinction dictée pour l'essentiel par des considérations de religion* »<sup>186</sup>. Cette affirmation apparaît dans des affaires où était en cause la décision d'un tribunal de refuser d'attribuer à l'un des parents la garde de ses enfants après divorce au seul motif qu'il ou elle adhérait à une certaine religion<sup>187</sup>. La Cour juge en revanche qu'une mesure analogue peut être justifiée lorsqu'elle est motivée, non par la seule identité confessionnelle d'un individu, mais par ses *pratiques religieuses concrètes*, lorsqu'il existe des preuves tangibles qu'elles ont un impact négatif sur ses enfants<sup>188</sup>.

La Cour a progressivement explicité les raisons qui la conduisent à conférer à certains critères un statut à part, se traduisant par une marge d'appréciation réduite et l'exigence d'un standard de justification particulièrement élevé. Ce raisonnement entre en jeu lorsqu'une restriction aux droits fondamentaux « *s'applique à des groupes particulièrement vulnérables de la société, qui ont souffert d'une discrimination considérable par le passé* ». Il se justifie « *par les traitements défavorables aux conséquences durables dont ces groupes ont fait l'objet et qui ont abouti à leur exclusion de la société* »<sup>189</sup>.

## OBSERVATIONS CONCLUSIVES

Malgré la formulation restrictive de l'article 14 de la Convention, la Cour, grâce à une jurisprudence dynamique, a progressivement conféré une large ampleur à la norme de non-discrimination consacrée par cette disposition. Elle a interprété avec une souplesse croissante le lien exigé entre la discrimination alléguée et la jouissance d'un droit garanti par la Convention ou ses protocoles, atténuant la limite résultant de son caractère accessoire. Après s'en être longtemps tenue à une définition restreinte de la discrimination, conçue comme consistant en l'application, sans justification objective et raisonnable, d'un traitement distinct à des personnes placées dans une situation analogue, elle a admis, à partir de 2000, que ce cas de figure n'épuisait pas la notion de discrimination. Tenant compte des évolutions survenues dans d'autres ordres juridiques en la matière, en particulier le droit de

<sup>178</sup> CEDH, Plén., 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales, Balkandali c. Royaume-Uni*, n°s 9214/80 *et al.*, § 78.

<sup>179</sup> CEDH, 28 octobre 1987, *Inze c. Autriche*, n° 8695/79, § 41. Cf. aussi CEDH [GC], 7 février 2013, *Fabris c. France*, n° 16574/08, § 59 et CEDH, 9 février 2017, *Mitzinger c. Allemagne*, n° 29762/10.

<sup>180</sup> CEDH, 13 décembre 2005, *Timichev c. Russie*, n°s 55762/00 et 55974/00, § 58.

<sup>181</sup> *Ibid.*, § 56. Elle se réfère à la définition de la CEDR.

<sup>182</sup> *Ibid.*, § 44.

<sup>183</sup> CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, n° 17371/90, § 42.

<sup>184</sup> CEDH [GC], 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, n° 43546/02, § 91.

<sup>185</sup> CEDH, 30 avril 2009, *Glor c. Suisse*, n° 13444/04, § 84 (handicap physique). Cf. aussi CEDH, 20 mai 2010, *Alajos Kiss c. Hongrie*, n° 38832/06, § 42 (handicap mental).

<sup>186</sup> CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c. Autriche*, n° 12875/87, § 36.

<sup>187</sup> CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c. Autriche*, n° 12875/87. Cf. aussi CEDH, 16 décembre 2003, *Palau-Martinez c. France*, n° 64927/01.

<sup>188</sup> En ce sens, CEDH, déc., 16 mai 2006, *Deschomets c. France*, n° 31956/02 et CEDH, 29 novembre 2007, *Ismailova c. Russie*, n° 37614/02, § 59.

<sup>189</sup> CEDH, 10 mars 2011, *Kiyutin c. Russie*, n° 2700/10, § 63.

l'Union européenne et le droit des Nations Unies, la Cour a reconnu qu'il pouvait aussi y avoir discrimination dans d'autres hypothèses : lorsqu'une mesure *a priori* neutre a un impact négatif disproportionné sur un groupe de personnes à raison d'un critère interdit – c'est la notion de discrimination indirecte – mais aussi lorsque des personnes placées dans des situations distinctes se voient appliquer un traitement identique sans justification objective et raisonnable, en particulier lorsqu'une personne souffrant d'un handicap se voit refuser un aménagement raisonnable. La Cour a également établi que les États parties avaient l'obligation positive de garantir une protection réelle et effective contre la discrimination commise par des particuliers dans les domaines relevant de la Convention. Par ailleurs, en cas de violences policières ou de crime commis par une personne privée dont certains éléments indiquent qu'ils pourraient être motivés par la haine raciale, les autorités nationales sont tenues de mener une enquête effective sur l'existence éventuelle d'un mobile raciste. Plus largement, les États ont l'obligation positive, en vertu de l'article 14, de combattre et de sanctionner les crimes motivés par la haine à l'encontre d'un groupe en raison de son origine ethnique, de sa religion ou de son orientation sexuelle, de même que les violences domestiques envers les femmes. Pour ce qui est des discours de haine à caractère raciste, la Cour a identifié sur la base de l'article 8 un devoir, pour l'État, d'assurer aux victimes une protection et des recours appropriés.

Le grand nombre de critères de discrimination énumérés à l'article 14 et le caractère non limitatif de cette liste ont facilité ces développements en permettant l'application de cette disposition à des situations très variées, en ce compris des cas mettant en jeu des motifs non mentionnés dans la Convention, tels l'orientation sexuelle, le handicap ou l'état de santé. La Cour a toutefois dégagé une distinction importante parmi les critères potentiels de discrimination, qui éclaire les préoccupations sous-jacentes à la norme de l'article 14 : lorsqu'est en jeu une restriction aux droits fondamentaux imposée à des groupes particulièrement vulnérables, victimes par le passé de stigmatisation, d'exclusion ou de domination dont les effets persistent dans le présent, la marge d'appréciation de l'État sera réduite et un haut degré de justification sera exigé pour échapper à l'accusation de discrimination. Il en va ainsi lorsque sont en cause les critères du sexe, de l'origine raciale ou ethnique, de l'orientation sexuelle, de la nationalité, du handicap ou de la naissance dans ou hors mariage. Dans les autres cas de figure, la norme de l'article 14, telle qu'appliquée par la Cour, correspond à l'exigence selon laquelle toute décision de traiter certains individus moins favorablement que d'autres doit répondre à une justification rationnelle et équitable ; autrement dit, elle garantit une protection contre l'arbitraire<sup>190</sup>.

Naturellement, des incertitudes et des interrogations persistent. La position de la Cour sur la question de savoir dans quelles circonstances l'article 14 impose une obligation d'adopter des mesures d'action positive, demeure floue. Les obligations de l'État en ce qui concerne les discriminations commises par des personnes privées restent peu développées dans la jurisprudence. L'articulation conceptuelle des notions de discrimination indirecte, de discrimination résultant d'un traitement identique de situations distinctes et d'obligation d'aménagement raisonnable, mériterait d'être clarifiée. Enfin, dans les affaires de violences infligées par des policiers, la question des modalités et de l'intensité de la preuve à fournir pour établir, le cas échéant, le caractère discriminatoire des faits, reste sujette à discussion.

---

<sup>190</sup> Cf. Janneke GERARDS, *loc. cit.*, pp. 113-122.