

**DISCRIMINATION RACIALE  
ET CONVENTION EUROPÉENNE  
DES DROITS DE L'HOMME  
(L'APPORT DE LA JURISPRUDENCE)**

Au moment où se prépare la Conférence mondiale contre le racisme et la discrimination raciale, à l'heure où les États européens affirment leur volonté de lutter contre ces mêmes maux, que ce soit dans le cadre du Conseil de l'Europe ou de l'Union <sup>(1)</sup>, le bilan de la Convention européenne des droits de l'homme en la matière apparaît étonnamment limité.

Contrairement à d'autres textes internationaux <sup>(2)</sup>, et jusqu'à l'entrée en vigueur du Protocole n° 12 <sup>(3)</sup>, l'instrument européen ne comporte pas d'interdiction générale de la non-discrimination ou, pour être plus précis, ne proclame pas le droit à l'égalité. L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme exige seulement que « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention (soit) assurée sans distinction aucune, fondée*

---

(1) Lors du Sommet du Conseil de l'Europe à Vienne, le 9 octobre 1993, les chefs d'Etat et de gouvernement ont décidé d'engager une politique de lutte contre le racisme, l'antisémitisme et l'intolérance. L'article 13 du traité de Rome, révisé par le traité d'Amsterdam, habilite par ailleurs le Conseil à prendre les mesures nécessaires en vue de combattre la discrimination raciale.

(2) Si l'article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme est équivalent à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 7 consacre l'égalité de tous devant la loi (voy. Ph. VEGLERIS, « Le principe d'égalité », dans *Déclaration universelle et la Convention européenne des droits de l'homme, Miscellanea Ganshof van der Meersch*, Bruylant/L.G.D.J., 1972, T. I, p. 565). L'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques précise de la même manière que « *la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ». La Charte des Nations Unies elle-même exclut de manière récurrente les distinctions de race, de sexe, de langue et de religion dans ses articles 1, § 3, 13, § 1b, 55c, 76e. Pour une identification des sources internationales du principe de non-discrimination, voy. E. DECAUX, « Les jurisprudences internationale et européenne en matière de non-discrimination raciale », in E. DECAUX (Dir.), *Le droit face au racisme*, Pedone, 1999, p. 101 et spéc. pp. 104-105.

(3) Adopté le 27 juin 2000 par le Comité des ministres, ouvert à la signature le 4 novembre 2000, ce Protocole pose une interdiction générale de non-discrimination et entrera en vigueur trois mois après le premier jour du mois suivant la ratification par le dixième Etat.

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 ». Il fait ainsi de la non-discrimination un accessoire des droits garantis, le moyen de renforcer leur protection <sup>(4)</sup>. L'article 14 n'épuise cependant pas les potentialités de la Convention : indépendamment de lui, plusieurs dispositions permettraient de sanctionner des discriminations, notamment raciales. Cette diversification est d'ailleurs l'un des seuls apports d'une jurisprudence européenne par ailleurs peu féconde. S'il est vrai que les affaires de discrimination raciale n'ont guère été nombreuses, elles auraient au moins pu donner lieu à analyse constructive. Mais, alors que la Cour de Strasbourg s'autorise parfois des interprétations particulièrement libres ou des appréciations d'opportunité, oubliant le caractère subsidiaire de son contrôle et n'hésitant pas à s'ériger en quatrième degré de juridiction, elle se montre en l'occurrence singulièrement discrète, s'abstenant même de définir le concept de discrimination raciale <sup>(5)</sup>. Ses décisions, qu'elles se rapportent aux garanties implicites contre un tel traitement ou à sa prohibition formelle, suscitent ainsi un sentiment mitigé, voire l'amertume des attentes trompées. D'une part, sa jurisprudence apparaît insatisfaisante, dans la mesure où elle entretient une relative inadaptation de l'article 14 à la matière des discriminations raciales (I), d'autre part elle s'avère décevante, parce que privant d'effet la reconnaissance de l'applicabilité d'autres dispositions (II).

### I. — Une jurisprudence insatisfaisante sur la prohibition formelle des discriminations raciales

A titre liminaire, on ne peut manquer de relever que la Cour de Strasbourg n'a jamais constaté de violation de l'article 14 du fait

---

(4) J.F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J., p. 141.

(5) La notion a été définie par la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale comme visant toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice dans des conditions d'égalité des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique. La Commission européenne des droits de l'homme l'assimile pour sa part à « *la discrimination fondée sur la couleur, l'origine nationale ou ethnique qui sont des éléments du même problème* » (Rapp., 12 mai 1983, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, A/94, § 112).

d'une discrimination raciale. Une telle vacuité ne doit cependant pas susciter l'enthousiasme, ou le soulagement, car elle trahit plus les limites de la garantie européenne qu'elle n'atteste de l'efficacité des systèmes nationaux de protection ou de la tolérance des sociétés démocratiques. Trois séries de considérations, d'inégale importance et de nature différente, se conjuguent en effet pour rendre l'article 14 relativement inadapté en la matière. Les premières tiennent à son caractère accessoire; les deuxièmes sont liées à l'inapplication horizontale de cette disposition; les troisièmes, enfin, découlent de la définition même de la discrimination. La responsabilité du juge à ce triple égard apparaît variable. Si ses ressources sont limitées face à ce qui doit être considéré comme une inadaptation structurelle (A) et si les contraintes auxquelles il est soumis ont contribué à une inadaptation qui aurait pu n'être que conjoncturelle (B), il est à l'origine de l'inadaptation conceptuelle qui résulte des critères de la discrimination (C).

A. — *Des ressources jurisprudentielles limitées face à l'inadaptation structurelle de l'article 14*

Selon les termes d'une jurisprudence établie, l'article 14 n'a pas « d'existence indépendante », puisqu'il vaut uniquement pour la jouissance des droits et libertés que protègent les autres clauses normatives de la Convention. C'est dire qu'« *il ne saurait trouver à s'appliquer si le litige ne tombe pas sous l'emprise* » de l'une au moins d'entre elles<sup>(6)</sup>. Son invocabilité est donc médiate, conditionnée par celle des droits ou libertés consacrés à l'échelle européenne. Sans doute le caractère accessoire du principe de non-discrimination trouve-t-il un correctif dans le fait que l'article 14 a été doté d'une portée autonome. En ce sens, sa violation peut être établie sans qu'il y ait manquement à l'article de fond<sup>(7)</sup>. La disposition étudiée tend ainsi à poser une condition supplémentaire (mais distincte) de licéité, qui s'ajoute à celles énoncées dans les articles 2 à 12 de la Convention. Selon les termes du juge, tout se passe comme si l'article 14 faisait

---

(6) En ce sens, voy. notamment Cour eur. dr. h., 16 septembre 1996, *Gaygusuz*, § 36 (à propos d'une discrimination en fonction de la nationalité dans l'attribution d'une allocation d'urgence à un chômeur), lequel reprend une solution acquise depuis l'arrêt *Affaire linguistique belge* (23 juillet 1968, § 9) et confirmée dans les arrêts *Rasmussen* (28 novembre 1984) et *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* (28 mai 1985, § 10).

(7) *Affaire linguistique belge*, précitée : « Une mesure conforme en elle-même aux exigences de l'article consacrant le droit ou la liberté en question, peut cependant enfreindre cet article, combiné avec l'article 14, pour le motif qu'elle revêt un caractère discriminatoire ».

« *partie intégrante* »<sup>(8)</sup> de ces derniers, l'autonomie se manifestant alors d'une manière apparemment paradoxale, par un processus d'inclusion et d'adjonction. Elle a pris toutefois une autre dimension dans des arrêts plus récents, où la Cour n'hésite pas à reconnaître l'invocabilité de l'article 14 dans des litiges intéressant des droits à première vue ignorés de la Convention, tel le droit à prestation sociale (appréhendé pour les besoins de la cause dans ses implications patrimoniales, et rattaché alors à l'article 1 du premier protocole additionnel relatif au respect du droit de propriété)<sup>(9)</sup>. L'exigence d'un lien avec l'une des clauses normatives donne lieu à une appréciation de plus en plus compréhensive<sup>(10)</sup>, sans devenir pour autant caduque. Formellement au moins, la référence demeure.

Or les nécessités de la lutte contre les discriminations raciales peuvent ne pas s'accommoder de semblable restriction.

Le caractère complémentaire de l'article 14 interdit en premier lieu au juge européen de censurer tout comportement ou réglementation litigieux qui se situerait en dehors du champ d'application *ratione materiae* de la Convention<sup>(11)</sup>. Celui-ci est principalement

(8) *Marckx*, 13 juin 1979, § 32.

(9) Arrêt *Gaygusuz*, précité. Dans deux affaires ultérieures de discrimination en fonction du sexe, *Van Raalte*, du 21 février 1997, et *Petrovic*, du 27 mars 1998, la Cour a également admis l'applicabilité de l'article 14 en rattachant respectivement l'obligation de verser une cotisation sociale à l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 et le droit à une allocation de congé parental à l'article 8, garantissant le droit au respect de la vie familiale. Sur cette tendance, voy. F. SUDRE, « La perméabilité de la C.E.D.H. aux droits sociaux », in *Mélanges Mourgeon*, Bruylant, 1998, pp. 467-478, et S.J. PRISO-ESSAWE, « Les droits sociaux et l'égalité de traitement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 1998, pp. 721-736.

(10) Outre les exemples cités à la note précédente, on évoquera deux arrêts dans lesquels l'article 14 a pu jouer, respectivement combiné à l'article 4, § 3 interdisant le travail forcé (alors que les faits concernaient l'obligation faite aux seuls hommes de verser une contribution quand ils ne voulaient pas effectuer un service obligatoire dans le corps des sapeurs-pompiers — *Karlheinz-Schmidt*, 18 juillet 1994) et à l'article 6, § 1<sup>er</sup> consacrant le droit à un procès équitable (alors que le litige concernait non le mode de présentation des preuves mais leur contenu, aspect non couvert par la disposition conventionnelle — *Schuler-Zraggen*, 24 juin 1993, § 66). Au demeurant, la terminologie même traduit l'assouplissement des conditions d'applicabilité de l'article 14 (sur ce point, voy. P. LAMBERT, « Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme? », *Rev. trim. dr. h.*, 1998, pp. 497-505).

(11) Il a ainsi pu être relevé que « l'absence d'interdiction générale de la discrimination n'a pas de conséquences normatives (La Convention n'autorise pas pour autant des discriminations dans des droits non reconnus par la Convention), mais seulement institutionnelles », en ce sens ce serait seulement la compétence de ses

défini par l'objet de l'instrument européen de sauvegarde des droits fondamentaux et, accessoirement, par les réserves dont les Etats peuvent assortir leurs engagements.

Bien qu'extensif, l'objet de la Convention reste en effet partiel<sup>(12)</sup>, essentiellement circonscrit au domaine civil et politique. Ainsi n'est-il pas exclu que des distinctions dans la jouissance de droits économiques et sociaux persistent, en dépit des avancées jurisprudentielles. La Cour ne pourra pas toujours établir un rapport — si lointain soit-il — avec l'un des droits formellement protégés par le texte européen. Les articles 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 et 8 de la Convention devraient certes lui permettre de pénétrer le domaine de l'assistance sociale et de la sécurité sociale<sup>(13)</sup>, éventuellement de favoriser un certain accès au logement<sup>(14)</sup>, mais leurs potentialités en terme d'emploi — par exemple — apparaissent plus limitées... Sans doute ces deux dispositions ne constituent-elles pas les seuls vecteurs d'application de l'article 14 : l'article 11, relatif à

←

organes qui se trouverait limitée (M. BOSSUYT, « Article 14 », in L.E. PETTITI, E. DECAUX, P.H. IMBERT (Dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 1995, pp. 477-488, spéc. p. 479). L'autorité de son interprétation voudrait cependant que les juges nationaux ne puissent pas davantage se fonder sur l'article 14 pour condamner des discriminations dans la jouissance de droits étrangers à l'instrument européen de protection. Mais il est vrai que le Conseil d'Etat prend parfois certaines libertés, retenant l'applicabilité de cette disposition indépendamment de tout article de fond (CE, 20 septembre 1993, *Sanchez Del Arco, Leb.*, p. 575).

(12) Ainsi certains auteurs estimaient-ils que le caractère complémentaire de l'article 14 limitait la possibilité que l'évolution de la jurisprudence se poursuive (M.A. EIDE, M.T. OPSAHL, « Rapport général sur l'égalité et la non-discrimination », in *Droits des personnes privées de leur liberté — Egalité et non-discrimination*, Engel, 1994, pp. 104-144, spéc. point 6.3).

(13) L'autonomie de l'article 14 neutralise en effet les limites dont peut être assorti l'apport spécifique de l'article de fond en la matière : ainsi il est indifférent à l'invocabilité du principe de non-discrimination que « l'article 8 n'impose pas aux Etats une obligation positive de fournir l'assistance financière en question (allocation de congé parental) », autrement dit qu'il ne soit pas violé en l'occurrence. Il suffit, pour que le requérant puisse se prévaloir de l'article 14, que l'aide dont il le bénéficie favorise la vie familiale et ait une incidence sur l'organisation de celle-ci (*Petrovic*, 27 mars 1998, § 26).

(14) Il est parfaitement concevable que des discriminations raciales dans la jouissance ou l'accès au logement puissent être rattachées au respect de la vie familiale. La Cour a par ailleurs déjà eu l'occasion de garantir un logement à des personnes nécessiteuses, sans consacrer il est vrai l'existence d'un droit spécifique, mais en jugeant que cette préoccupation sociale pouvait justifier des restrictions à l'exercice du droit de propriété (sur ce sujet, voy. S.J. PRISO-ESSAWE, « La dignité par le logement — l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 et la lutte contre la précarité », in J.Y. MORIN (Dir.), *Les droits fondamentaux*, Bruylant, 1997, p. 105).

la liberté d'association, pourrait, dans la mesure où il est doté d'implications syndicales, constituer un autre support, de même que l'article 10 puisque la liberté d'expression touche aux activités d'information et de radiodiffusion. Dès lors, une personne qui s'en verrait interdire l'exercice en raison de son appartenance raciale pourrait probablement se prévaloir de l'article 14, même si la liberté d'entreprendre n'est pas en tant que telle protégée. En revanche, on voit moins comment la sûreté, le droit à un procès équitable ou la liberté de pensée trouveraient à jouer... Dans le même ordre d'idée, il convient de relever que la Convention ne garantit pas à proprement parler un droit d'accès à la fonction publique : si une décision de révocation a pu être condamnée sur la base de l'article 10<sup>(15)</sup>, celui-ci ne saurait s'interpréter comme ouvrant aux individus le droit d'occuper un emploi public ; c'est dire que la partialité d'un jury de concours ou d'examen guidé par des motifs raciaux ne pourrait être censurée en droit européen des droits de l'homme. Enfin, l'article 14 ne pourrait être invoqué à l'encontre de traitements différenciés dans la jouissance du droit d'asile politique, celui-ci n'étant pas reconnu par la Convention<sup>(16)</sup>.

A cette limite générale et — pourrait-on dire — ontologique s'ajoutent les aménagements particuliers qui résultent des réserves émises par les Hautes Parties contractantes. Il est vrai que celles qui sont spécialement destinées à neutraliser le jeu de l'article 14 sont peu fréquentes et que leur nombre tend à se réduire<sup>(17)</sup>. Toutes n'ont cependant pas disparu. Ainsi les réserves de la Bulgarie et de San-Marin, visant à légitimer le traitement préférentiel accordé à la propriété immobilière des nationaux, demeurent-elles. Par ailleurs, on ne saurait négliger les conséquences des réserves qui, sans se rapporter spécifiquement à des régimes juridiques nationaux distinctifs, affectent les autres clauses normatives de la Convention. Car « *si la discrimination alléguée porte sur la jouissance d'un droit qui (en) a fait l'objet, aucune violation ne pourra être retenue à charge de l'Etat sur la base de l'article 14* »<sup>(18)</sup>. Sans doute la prohibition des

---

(15) *Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995. F. SUDRE, « Fonction publique et Convention européenne des droits de l'homme : l'arrêt *Vogt* de la Cour européenne des droits de l'homme, ou l'art de l'illusionnisme juridique », *Rev. trim. dr. h.*, pp. 405-432, spéc. pp. 408-413.

(16) Arrêt *Chahal*, 15 novembre 1996, § 73.

(17) Ainsi le Liechtenstein a-t-il retiré en 1991 la réserve qui rendait irrecevable toute action contre les discriminations frappant les étrangers sur le terrain du droit au respect de la vie privée et familiale.

(18) P. LAMBERT, « Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 500.

réserves générales constitue-t-elle à cet égard une garantie, en évitant que les autorités nationales ne se soustraient complètement à l'application d'une disposition de fond. Il n'en demeure pas moins que le caractère accessoire de l'article 14, conjugué à la faculté ouverte par l'article 57 (ancien article 64) de la Convention, contribue à limiter l'invocabilité du principe de non-discrimination en droit européen.

Mais, même lorsqu'il est applicable, celui-ci ne donne pas nécessairement lieu à un contrôle distinct.

La complémentarité de la disposition étudiée peut en second lieu expliquer que la Cour se soit parfois dispensée d'en vérifier le respect<sup>(19)</sup>. Il apparaît en effet que, si la violation de l'article de fond n'est pas nécessaire à l'invocabilité de l'article 14, elle peut suffire à en évacuer l'examen<sup>(20)</sup>. D'aucuns considèrent que cette « *économie de moyens* »<sup>(21)</sup> n'a rien d'étonnant, puisqu'en substance, tout requérant qui se plaint d'une privation d'un droit ou d'une liberté reconnu peut s'estimer du même coup discriminé, dans la mesure où tout homme — sans distinction aucune — est appelé à jouir de tous les droits et libertés reconnus dans la Convention. « *Dans la plupart des cas, la constatation d'une violation d'un droit ou d'une liberté pourrait aller de pair avec la constatation d'une violation de l'article 14, sans que ceci revête le moindre intérêt* »<sup>(22)</sup>. L'examen d'une plainte sous l'angle du principe de non-discrimination ne serait déterminante que lorsque le grief concerne soit une restriction aux droits reconnus, soit les modalités selon lesquelles leur jouissance est assu-

---

(19) La Commission européenne contre le racisme et l'intolérance constatait elle-même que « le caractère accessoire de l'article 14 peut expliquer le fait que la Cour européenne des droits de l'homme n'ait conclu à une violation de cet article du fait d'une discrimination raciale dans aucune des affaires traitées jusqu'ici » (Lutte contre le racisme et l'intolérance, Brochure de présentation, 1997).

(20) En ce sens, arrêts du 9 octobre 1979, *Airey*; 22 octobre 1981, *Dudgeon*; 26 mars 1985, *X... et Y... c. Pays-Bas*; 18 décembre 1986, *Johnston*; plus récemment : *Beyeler*, du 5 janvier 2000, où la Cour juge dans une affaire de préemption d'un tableau après son acquisition par un marchand d'art suisse, que « au vu de ses conclusions sur l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 (violation), il n'y a pas lieu d'examiner séparément si le requérant a été victime, en raison de sa nationalité, d'une discrimination contraire à l'article 14 » (§ 126).

(21) Selon la formule du professeur Decaux (E. DECAUX, « Les jurisprudences internationale et européenne en matière de non-discrimination raciale », *op. cit.*, spéc. p. 106).

(22) M. BOSSUYT, « Article 14 », in L.E. PETTITI, E. DECAUX, P.H. IMBERT (Dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 1995, pp. 477-488, spéc. p. 486.

rée (23). Il n'en résulte pas moins qu'« *en pratique la discrimination et la discrimination raciale en particulier, se trouve en quelque sorte occultée de la jurisprudence* » (24). Aussi la démarche de la Cour dans l'arrêt *Velikova c. la Bulgarie* du 18 mai 2000 paraît-elle doublement appréciable. La requérante se plaignait en l'occurrence du décès de son compagnon lors d'une garde à vue, ainsi que du manque d'investigations sérieuses sur les circonstances de cette mort. Elle invoquait, en sus des articles 2 et 13, l'article 14, estimant que l'inertie des autorités publiques comme les traitements infligés à la victime s'expliquaient par l'appartenance de cette dernière à la minorité tzigane. Outre que ce dernier moyen n'apparaît pas superfétatoire en dépit du constat premier de violation du droit à la vie, c'est l'un des rares cas où le juge se prononce sur un grief de discrimination raciale. On regrettera d'autant plus que la nécessité de preuves « *beyond reasonable doubt* » n'ait pas permis à la Cour de conclure sur le fond à la violation de l'article 14, alors que la plainte se fondait, selon ses propres termes, sur un certain nombre d'arguments sérieux (25). Il est à craindre qu'un tel degré d'exigence ne permette pas de lutter efficacement contre des préjugés raciaux souvent insidieux, stérilisant les progrès dans l'autonomisation de l'article 14.

En somme, le juge s'avère impuissant à s'abstraire des limites que lui impose la rédaction même de la disposition étudiée. Seule une généralisation de son champ d'application par la voie conventionnelle pouvait remédier à cette inadaptation structurelle. C'est justement l'objet du Protocole n° 12, soumis à la signature des États parties le 4 novembre 2000, dont l'article 1 garantit « *la jouissance*

---

(23) *Ibid.*

(24) E. DECAUX, « Les jurisprudences internationale et européenne en matière de non-discrimination raciale », *op. cit.*, spéc. p. 112. *Contra* J.F. FLAUSS, « Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme », *Mélanges Mourgeon*, Bruylant, 1998, pp. 415-437, spéc. p. 416 : « En privilégiant les constats de violation fondés sur l'article 14, alors même que la violation de la Convention est déjà consommée en vertu d'un autre article, ou alors même que la violation pourrait être établie au titre d'un autre article, les instances de contrôle de la C.E.D.H. se montrent soucieuses d'accorder au principe de la non-discrimination une place centrale dans le contentieux européen des droits de l'homme ».

(25) *Velikova*, 18 mai 2000, § 94. Dans des affaires antérieures, relatives soit au problème des disparitions forcées (arrêts *Kurt* du 25 mai 1998, §§ 143-147; *Cakici*, du 8 juillet 1999, §§ 115-117), soit à la destruction de villages (arrêts *Ergi* du 28 juillet 1998, §§ 99-101; *Akdivar* du 16 septembre 1996, §§ 98-99) en Turquie, les moyens présentés par des requérants d'origine kurde au titre de l'article 14 avaient également été repoussés faute de preuve, aussi bien devant la Commission que devant la Cour. Dans ces espèces toutefois, le grief semblait effectivement peu étayé, contrairement à l'affaire présente...



*de tous les droits prévus par la loi sans distinction aucune... ».* Pour les personnes placées sous la juridiction des Etats qui le ratifieront <sup>(26)</sup>, cet instrument représente un salutaire progrès. La réponse qu'il apporte à la question de l'applicabilité horizontale de l'article 14 constitue par contre une déception, puisqu'il transforme en inadaptation structurelle ce qui pouvait n'être dans la jurisprudence européenne qu'une inadaptation conjoncturelle.

B. — *Des contraintes jurisprudentielles  
propices à une inadaptation conjoncturelle  
de l'article 14*

Les discriminations raciales ne sont pas seulement le fait des autorités publiques ; le racisme et la xénophobie se manifestent également, sinon davantage, dans les rapports entre particuliers <sup>(27)</sup>. L'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée par les Nations Unies le 21 décembre 1965, oblige d'ailleurs les Etats à interdire celles qui seraient pratiquées par des personnes, des groupes des organisations et à « *y mettre fin par tous les moyens appropriés, y compris si les circonstances l'exigent, la voie législative* ». Pour être pleinement opératoire, la garantie européenne devrait donc s'imposer aussi aux individus, mais cette solution n'a encore bénéficié d'aucune consécration jurisprudentielle pour ce qui est de l'article 14 <sup>(28)</sup> et se trouve formellement écartée en ce qui concerne l'interdiction générale des discriminations énoncée à l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n<sup>o</sup> 12 <sup>(29)</sup>.

---

(26) On notera avec intérêt que ni la France ni la Grande-Bretagne ne figuraient parmi les vingt-cinq Etats signataires au 4 novembre 2000.

(27) A titre d'illustration, voy. les exemples cités par Richard BLATH, « Implications de principe de non-discrimination », in *Ce racisme qui menace l'Europe*, Actes du Colloque sur la lutte contre le racisme et la xénophobie en Europe, Strasbourg, 7-8-9 novembre 1994, La Documentation française, pp. 161-176, spéc. p. 162.

(28) Dans l'arrêt *Van der Musselle* (23 novembre 1983, § 28), la Cour a eu à connaître sous l'angle de l'article 14 d'une mesure imposée à un avocat stagiaire par son barreau. La Belgique excipait d'ailleurs de ce fait pour dégager sa responsabilité, mais l'argument a été rejeté au motif que c'est l'Etat qui organise les barreaux par sa législation (§ 29). On peut donc voir dans cette décision un indice en faveur de l'applicabilité horizontale indirecte de l'article 14, le juge ayant par ailleurs admis, sur le principe, qu'un travail en soi normal puisse se révéler contraire à la Convention si le choix des individus ou des groupes tenus de le fournir s'avérait discriminatoire.

(29) Le paragraphe 2 de cette même disposition énonce en effet que « Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique ».

Au demeurant, l'applicabilité de la Convention aux relations privées a fait elle-même l'objet de controverses<sup>(30)</sup>, dans la mesure notamment où seule la responsabilité des Etats peut être engagée sur son fondement. Plusieurs auteurs ont cependant souligné que cette circonstance ne constituait pas une objection dirimante, dès lors qu'elle ne fait que circonscrire la compétence *ratione personae* des instances européennes de contrôle<sup>(31)</sup>; elle n'a d'ailleurs pas empêché que certaines dispositions conventionnelles jouissent d'un effet horizontal indirect (*Mittelbare Drittwirkung*)<sup>(32)</sup>, par le canal des obligations positives. La violation de la Convention est alors constituée par l'abstention de l'Etat, qui n'a pas permis d'éviter l'ingérence de personnes privées dans l'exercice des droits et libertés protégés par l'instrument européen. Le raisonnement, d'abord appliqué à la liberté syndicale<sup>(33)</sup>, a ensuite été étendu au droit au respect de la vie privée, au droit à la liberté et à la sûreté, au droit de réunion, au droit à la vie et au droit à ne pas subir de traitements dégradants<sup>(34)</sup>, et pourrait de la même manière être trans-

---

(30) Pour une présentation des termes de la controverse, voy. notamment E.A. ALKEMA, « The third-party applicability or 'Drittwirkung' of the European Convention on Human Rights », *Mélanges Wiarda*, Carl Heymanns Verlag, 1988, pp. 33-45.

(31) M.A. EISSEN, « La Convention et les devoirs de l'individu », in *La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen*, Dalloz, 1961, p. 173 et, du même auteur, « La Convention et les obligations de l'individu : une mise à jour », in *René Cassin amicorum discipulorumque Liber III*, Pédone, 1971, pp. 155-156; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, « Convention européenne des droits de l'homme et droit interne : primauté et effet direct », in *La Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis, 1992, p. 15.

(32) D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruylant, 1995, spéc. pp. 64-85; F. SUDRE, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 1995, pp. 363-384, spéc. pp. 372-374.

(33) Arrêt *Young, James et Webster*, 13 août 1981, § 49 : à propos du système britannique de *closed shop*, le juge retient à la charge du Royaume-Uni une violation de la Convention, au motif que « le droit en vigueur à l'époque a rendu licite le traitement dont se plaignent les intéressés ».

(34) Respectivement : arrêt *X... et Y... c. Pays-Bas* du 26 mars 1985 (§ 23 : le système juridique interne n'offre aucun moyen de faire ouvrir des poursuites pénales à une handicapée mentale victime d'une agression sexuelle), arrêt *Nielsen* du 28 novembre 1988 (internement d'un enfant sur décision de sa mère), arrêt *Plattform « Ärzte für das Leben »* du 21 juin 1988, § 32 (agissements de contre-manifestants), arrêt *Osman* du 28 octobre 1998 (défaut de protection policière d'un adolescent contre un enseignant), arrêt *H.L.R... c. France* du 29 avril 1997 (problème soulevé par l'expulsion d'un individu menacé par les cartels de la drogue en cas de retour dans son pays), arrêt *A... c. Royaume-Uni* du 23 septembre 1998, § 22 (protection d'un enfant battu par son beau-père).

posé au principe de non-discrimination. Nul obstacle théorique ne s'y oppose.

Contrairement à d'autres dispositions, dont l'objet ou le libellé ne laissent aucune place à un quelconque effet horizontal<sup>(35)</sup>, l'article 14 s'exprime en terme très extensifs, puisqu'il se rapporte à toutes distinctions sans en identifier l'origine, publique ou privée. Son caractère accessoire peut par ailleurs aboutir à transformer le principe négatif de non-discrimination en exigence positive d'égalité de traitement, dans la mesure où il s'intègre à l'article de fond sans qu'il faille distinguer selon la nature des obligations qui en dérivent<sup>(36)</sup>. Partant, un certain effet horizontal ne serait pas à exclure<sup>(37)</sup>. Sans doute la Cour n'a eu à connaître jusqu'ici que de réglementations ou d'agissements d'origine publique. Mais l'économie de l'article 14 n'a pas nécessairement de part dans cet état de fait. Compte tenu des interprétations parfois constructives du juge européen, il ne serait pas inconcevable qu'un Etat soit condamné pour n'avoir pas pris les mesures nécessaires à la prévention ou à la répression des discriminations raciales dont seraient responsables des particuliers (par exemple dans des établissements scolaires privés, l'article 14 se combinant alors avec l'article 2 du Protocole n° 1). Le juge, tenu par l'objet des requêtes qui lui sont déférées, ne peut cependant prendre l'initiative. Aussi l'inapplication (jusqu'à présent) de l'article 14 aux relations interindividuelles nous semblait tenir moins à une impossibilité dogmatique qu'aux circonstances des affaires dont le juge a été saisi. En ce sens, l'inadaptation qui en résultait pouvait être dite (au risque de paraître optimiste) conjoncturelle. On doit s'interroger cependant sur l'incidence

---

(35) On songe notamment aux articles 7 de la Convention (non-rétroactivité de loi pénale), 3 du Protocole n° 1 (droit à des élections libres), 2 (liberté de mouvement), 3 (non-expulsion des nationaux) et 4 (interdiction des expulsions collectives) du Protocole n° 4, 1 du Protocole n° 7 (expulsion d'étrangers).

(36) En ce sens, J.F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J., spéc. p. 141; F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, P.U.F., 1999, spéc. p. 305; M.F. BUFFET-TCHAKALOFF, « Egalité et action positive en droit européen », *Pouvoirs*, 1997, p. 101. Les auteurs s'appuient notamment sur les arrêts *Affaire Linguistique belge* du 23 juillet 1968 (obligation d'assurer l'accès des enfants aux écoles de langue française dans les six communes de la périphérie bruxelloises indépendamment du lieu de résidence de leurs parents...) et *Marckx* du 13 juin 1979, § 31 (obligation d'assurer une égalité de traitement entre enfants naturels et légitimes dans l'établissement de la filiation et la définition du régime successoral).

(37) D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, op. cit., spéc. p. 38 : « Il semble que (...) le principe de non-discrimination prévu à l'article 14 s'applique horizontalement aux relations privées ».

qu'aura l'article 1<sup>er</sup>, § 2 du Protocole n° 12, car il est à craindre que les réticences étatiques qu'il exprime à l'égard d'une éventuelle application horizontale du principe de non-discrimination n'inciteront guère le juge au dynamisme interprétatif. Au demeurant, celui-ci pourrait être privé de tout intérêt, si les individus inclinent — ce qui est probable — à se prévaloir de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 12 plutôt que de l'article 14.

C. — *Une interprétation jurisprudentielle constitutive d'une inadéquation conceptuelle de l'article 14*

Contrairement à ce que pouvait laisser supposer la version française de la Convention, celle-ci ne prohibe pas toutes les distinctions. « Deux critères cumulatifs caractérisent la discrimination : d'une part une différence de traitement dans l'exercice des droits ; d'autre part, un manque de justification objective et raisonnable »<sup>(38)</sup>. Cette définition, si classique soit-elle, s'avère doublement discutable dans le domaine des discriminations raciales.

On regrettera d'abord que le motif en fonction duquel la discrimination est opérée ne constitue pas un élément décisif<sup>(39)</sup>, suscitant au mieux une présomption d'inconventionnalité. Ainsi les discriminations raciales ne peuvent-elles être dénoncées en tant que telles, bien qu'elles se fondent sur un critère de distinction particulièrement choquant et contraire au respect de la dignité humaine. Leur qualification même s'avère malaisée, ainsi qu'en témoigne l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*<sup>(40)</sup>. En l'espèce, les requérantes, d'origine indienne, asiatique et égyptienne, se plaignaient de ce que leurs compagnons respectifs — également étrangers — n'avaient pu obtenir l'autorisation de demeurer auprès d'elles au Royaume-Uni, chacune se prétendant victime d'une discrimination en fonction de la nationalité et indirectement de la race, du fait des règles de 1980 sur l'immigration. Aux yeux de la minorité de la Commission, ces lois « conduisaient pour l'essentiel à empêcher l'arrivée d'immigrants du nouveau Commonwealth et du Pakistan. Il ne s'agirait pas d'une coïncidence : l'intention de réduire le nombre des immigrants de leur ressortirait de l'histoire législative. Les effets et les buts des règles

(38) J.F. RENUCCI, « Droit européen des droits de l'homme », *op. cit.* spéc. p. 137.

(39) En revanche, il détermine formellement l'invocabilité de l'article 14 : dans l'arrêt *Gaygusuz*, le juge note ainsi que « le requérant ayant été exclu du bénéfice de l'allocation d'urgence en vertu d'une distinction relevant de l'article 14, à savoir sa nationalité, cette disposition est donc également applicable » (§ 41).

(40) Arrêt du 28 mai 1985.

les rendraient indirectement racistes ». Au contraire, la Cour juge que rien dans leurs conséquences pratiques ne révélerait une différence de traitement reposant sur un tel critère<sup>(41)</sup>. Sans doute « *un Etat ne saurait-il mener une politique de caractère purement raciste, mais accorder un traitement de faveur à ses nationaux ou aux personnes venant de pays avec lesquels il a les liens les plus étroits, ne constituerait pas pour autant de sa part une discrimination raciale* ». La notion de nationalité ne s'identifie certes pas à celle de race<sup>(42)</sup>. La première, de nature juridique, se définit en effet comme « *un lien ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs* »<sup>(43)</sup>; la seconde, de nature anthropologique, sociologique, désigne « *un groupement naturel d'hommes, présentant un ensemble de caractères physiques héréditaires communs, quel que soit leur langage, leurs mœurs ou leur nationalité* »<sup>(44)</sup>. Mais ces deux catégories sont en pratique mal délimitées (d'autant que les discriminations raciales recouvrent celles fondées sur l'origine nationale, laquelle, sans signifier la nationalité, ne lui est pas totalement étrangère) et il n'est pas interdit de craindre, à la suite de l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, que la relative tolérance à l'égard des distinctions en fonction de la nationalité n'oblitére la dénonciation d'une discrimination raciale. Sans doute la Cour s'est-elle par la suite montrée très réservée à l'égard des mécanismes de préférence nationale et autres règles exclusivement fondées sur ce motif dans l'arrêt *Gaygusuz*<sup>(45)</sup>. Toutefois, le contexte était sensiblement différent, puisque la loi en

---

(41) Son analyse d'une part privilégie le fait que les lois, indistinctement applicables, avaient pour but de protéger le marché du travail des effets d'une immigration massive, et d'autre part neutralise le fait qu'elles frappaient plus les personnes de couleur, au motif que cela serait dû à la prééminence numérique de certains groupes ethniques parmi les candidats à l'immigration.

(42) Il n'est d'ailleurs pas fortuit que les discriminations en fonction de la nationalité ne soient pas assimilées à des discriminations raciales au sens de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (article 1<sup>er</sup>, § 2).

(43) On aura reconnu les termes de l'arrêt rendu par la C.I.J. dans la célèbre affaire *Nottebohm*.

(44) M. GRAWITZ, *Lexique des Sciences sociales*, Dalloz, 1981, spéc. p. 304.

(45) Leur compatibilité avec la Convention est subordonnée à des considérations très fortes (Arrêt *Gaygusuz*, 16 septembre 1996, § 42) et, en l'espèce, la Cour a conclu à la violation de l'article 14. En fait, les seules distinctions en fonction de la nationalité qu'elle semble avoir admises sont celles consenties au bénéfice des ressortissants communautaires : arrêt *Moustaquim* du 18 février 1991, §§ 48-49 et arrêt *C... c. Belgique* du 7 août 1996, § 38 (« la Cour estime que pareil traitement préférentiel (au bénéfice des ressortissants communautaires) repose sur une justification objective et raisonnable dès lors que les Etats membres de l'Union européenne forment un ordre juridique spécifique, ayant instauré de surcroît une citoyenneté propre »).

cause ne touchait pas un domaine de haute police et qu'elle était formellement, objectivement discriminatoire. Une clarification serait donc souhaitable.

S'agissant de discriminations raciales, c'est surtout la faculté de légitimation qui laisse sceptique dans la définition européenne de la discrimination. Il est vrai que l'exigence d'une justification objective et raisonnable laisse d'autant moins de place aux préjugés ou aux prétendues classifications dénuées de fondement scientifique, qu'elle suppose à la fois un « *but légitime* » et un « *rapport raisonnable de proportionnalité* », « *eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques* »<sup>(46)</sup>. De ce point de vue, la condamnation généralisée des discriminations raciales en droit interne devrait inciter la Cour à intensifier son contrôle, au détriment de la marge d'appréciation dont jouissent normalement les Etats pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement<sup>(47)</sup>... Mais, fondamentalement, on peut se demander s'il est pertinent de rechercher en la matière une quelconque légitimation, le critère paraissant au mieux inutile (on ne voit pas quelle justification pourrait avoir une politique de ségrégation raciale), au pire pernicieux (cela suggère qu'il pourrait y en avoir une). A moins que la Cour ne se trouve saisie d'une discrimination positive... On peut en effet penser avec Michel Melchior que, « si l'objectif poursuivi était de favoriser l'intégration dans une société à majorité blanche de personnes de race noire ou encore de garantir des droits spéciaux en matière politique (par exemple un quota réservé de candidatures lors des élections législatives) pour remédier à leur faible présence dans les assemblées législatives, la différence de traitement pourrait dans une société démocratique être considérée comme poursuivant un but légitime »<sup>(48)</sup>. Le concept même de discrimination positive se trouve cependant controversé<sup>(49)</sup> et ses applications

(46) Arrêt *Affaire linguistique belge*, précitée.

(47) Arrêt *Gaygusuz* du 16 septembre 1996, § 42.

(48) M. MELCHIOR, « Le principe de non-discrimination dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », in A. ALEN, P. LEMMENS, *Egalité et non discrimination*, Kluwer, 1991, p. 30. Dans le même sens, M.A. EIDE, M.T. OPSAHL, « Rapport général sur l'égalité et la non-discrimination », in *Droits des personnes privées de leur liberté. Egalité de traitement et non-discrimination*, Engel, 1994, pp. 104-144, spéc. p. 116.

(49) Voy. notamment B. RENAULD, « Les discriminations positives, plus ou moins d'égalité », *Rev. trim. dr. h.*, 1997, pp. 426-460.

dans le contentieux européen sont résiduelles <sup>(50)</sup>. Pour donner un sens au critère de définition de la discrimination, la Cour se verrait entraînée sur un terrain extrêmement délicat. Aussi une adaptation serait-elle préférable <sup>(51)</sup>.

A plusieurs égards, le mécanisme de l'article 14 s'avère donc inapproprié, ce que ne compensent pas nécessairement les garanties implicites contenues dans d'autres articles, tant la jurisprudence qui s'y rapporte peut sembler décevante.

## II. — Une jurisprudence décevante sur les garanties implicites contre les discriminations raciales

Il a déjà été relevé que de nombreux articles de la Convention, en dehors de l'article 14, contenaient une condamnation implicite des discriminations <sup>(52)</sup>. Les dispositions procédurales mêmes peuvent entrer en ligne de compte, notamment l'article 34 (ex-article 25) aux termes duquel les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace du droit de recours individuel. Une discrimination raciale pourrait à ce titre être dénoncée. L'hypothèse trouve une confirmation incidente dans l'arrêt *Assenov* du 28 octobre 1998. Les requérants, qui s'étaient plaints d'une prétendue violation de l'article 3, ont été contactés au cours de la procédure — alors que leur fils était encore en garde à vue — par des représentants des autorités étatiques et, à la suite de leur audition, nièrent sous serment avoir saisi la Commission d'une requête. La Cour, pour déterminer si de tels contacts constituaient une pratique inacceptable au regard de l'ex-article 25, déclare devoir tenir compte des circonstances particulières de la cause, parmi lesquelles figurent l'appartenance des requérants à la minorité tzigane et les commentaires dont ils avaient fait l'objet dans la

---

(50) En ce sens, J.F. FLAUS, « Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Mourgeon*, Bruylant, 1998, pp. 415-437, spéc. p. 419.

(51) Il serait possible de considérer, selon le motif, que la distinction est réputée *per se* arbitraire (race, couleur) ou susceptible de justification objective et raisonnable (lieu de naissance, nationalité...). On est conscient que cela introduirait une hiérarchie entre les motifs — procédé également discutable —, mais la rigueur plus ou moins accrue de la Cour lorsqu'elle apprécie l'existence de justifications objectives et raisonnables revient déjà à en instituer une.

(52) M. MELCHIOR, « Le principe de non-discrimination dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », in A. ALLEN, P. LEMMENS, *Egalité et non-discrimination*, Kluwer, 1991, p. 30.

presse. Ces deux éléments étant pour le juge de nature à accroître leur susceptibilité aux pressions exercées sur eux, la violation est établie.

On assiste par ailleurs à une diffusion de l'exigence de non-discrimination parmi les clauses normatives. Le phénomène peut emprunter le canal de l'article 17, auquel une contribution est spécifiquement consacrée dans le numéro de cette Revue. Cette disposition, en interdisant l'abus de droit, empêche en effet que l'article 10 notamment « *soit invoqué pour tenter de répandre des idées tendant à la discrimination raciale* »<sup>(53)</sup> La diffusion du principe peut par ailleurs résulter de l'interprétation même des droits et libertés garantis. Les articles 3, 6, § 1<sup>er</sup>, 8 et 10 ont ainsi été sollicités<sup>(54)</sup>. La jurisprudence, bien qu'ayant mis au jour ces différentes possibilités, ne les a pas réellement exploitées. Aussi apparaît-elle tour à tour réduite (A), contingente (B), pondérée (C).

#### A. — Une jurisprudence réduite sur l'article 3

Dans une affaire à tous égards historique<sup>(55)</sup> par son ancienneté et son apport, la Commission européenne des droits de l'homme a admis que, « *abstraction faite de l'article 14* », une discrimination raciale pouvait être qualifiée de traitement dégradant au sens de l'article 3. « *Le fait d'imposer publiquement à un groupe de personnes un régime particulier (touchant en l'espèce aux conditions d'entrée dans le Royaume-Uni des titulaires de passeports du Commonwealth) fondé sur la race peut dans certaines conditions constituer une forme spéciale d'atteinte à la dignité humaine* ». L'interprétation s'avérait doublement constructive, par l'extension du champ de l'article 3<sup>(56)</sup> et le renforcement de la protection offerte. L'article 3, outre qu'il aurait permis de dénoncer les discriminations raciales en tant que telles et non plus « *de manière collatérale et incidente* »<sup>(57)</sup>,

(53) *Glimmerveen*, 11 octobre 1979, et *Kühnen c. R.F.A.*

(54) Dans la mesure où la race a pu être confondue parfois avec une religion (assimilation dont le judaïsme est exemplaire), l'article 9 pourrait également trouver à s'appliquer, mais on ne dispose à ce jour d'aucune illustration jurisprudentielle.

(55) Affaire des *Asiatiques d'Afrique Orientale*, décision du 10 octobre 1970, rapport du 14 décembre 1973.

(56) Pour J.E.S. Fawcett, l'interprétation retenue « élargit la portée de l'article (3) bien au-delà de ses vraies limites sans rien faire d'autre qu'ajouter une coloration émotive à l'article 14 » (opinion séparée jointe au rapport de la Commission, § 253).

(57) E. DECAUX, « Les jurisprudences internationale et européenne en matière de non-discrimination raciale », in E. DECAUX (dir.), *Le droit face au racisme*, Pedone, 1999, pp. 101-118, spéc. p. 114.



aurait donné à leur condamnation une valeur absolue. Le droit de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants est en effet intangible, insusceptible de dérogation et inconditionnel. Les facteurs mêmes de relativisation, inhérents à la variabilité du seuil de gravité requis ou à la référence aux conditions de vie actuelles<sup>(58)</sup>, ne compromettent pas le caractère absolu de la norme. Or un tel régime paraît particulièrement approprié, si l'on considère que « l'interdiction de la discrimination raciale tend à sauvegarder une valeur fondamentale qui sous-tend tout l'édifice des droits de l'homme : la dignité de l'être humain »<sup>(59)</sup>.

Sans doute toute discrimination ne peut-elle *ipso jure* relever de l'article 3 : elle doit présenter un certain degré de gravité révélé par les circonstances de l'affaire. En l'espèce, la Commission s'est montrée notamment sensible au fait que la législation sur l'immigration réduisait les requérants au rang de « *citoyens de seconde classe* »<sup>(60)</sup> et que certains avaient été renvoyés d'un pays à l'autre — expérience humiliante et douloureuse —, pour conclure que vingt-cinq des requérants avaient été victimes d'une violation de l'article 3<sup>(61)</sup>. Cependant, l'affaire ne fut pas portée devant la Cour, mais étouffée par le Comité des ministres, qui a finalement constaté que le Royaume-Uni avait pris les mesures nécessaires pour remédier à la situation et faciliter l'entrée sur son territoire des titulaires de passeports du Commonwealth.

Par la suite, la Commission n'eut pas l'occasion de confirmer son interprétation. Elle fut certes saisie par quarante-huit tsiganes Kalderas auxquels les autorités allemandes avaient refusé des pièces d'identité, leur interdisant de s'établir librement, de travailler légalement et les plaçant dans l'alternative suivante : « percevoir des prestations sociales, ce qui ne garantit qu'un niveau de vie minimum et n'est pas compatible avec le respect de leur dignité d'homme, ou s'enfoncer dans l'illégalité, ce qui équivaut à détruire

---

(58) J. CALLEWAERT, « L'article 3 de la Convention européenne : une norme relativement absolue ou absolument relative ? », in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant/L.G.D.J., 1995, pp. 13-38.

(59) R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, spéc. p. 26.

(60) Même si la qualité de citoyen relève plus de la dignité « actuée » que de la dignité fondamentale de la personne (B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Documentation française, 1999, spéc. p. 344).

(61) Rapport du 14 décembre 1973.

sa propre existence »<sup>(62)</sup>. Toutefois, la requête fut déclarée irrecevable, pour non-épuisement des voies de recours internes. Tout au plus la Commission prit-elle soin de préciser que si la Convention ne garantit aucun droit d'obtenir des papiers d'identité, des questions pouvaient se poser sur le terrain des articles 3 et 14 « *dans les circonstances particulières de l'affaire et considérant que les requérants sont des nomades et présentent d'autres particularités ethniques* ». Il est cependant notable que l'article 3 ne soit pas visé isolément comme dans l'affaire précédente, mais combiné à l'article 14. Cela suggère un retour à l'approche traditionnelle et médiate des problèmes de non-discrimination, qui singularise encore (stérilise?) la solution donnée à l'affaire des *Asiatiques d'Afrique Orientale*.

La protection offerte par l'article 3, pour être particulièrement prometteuse, ne s'est ainsi pas concrétisée. On pourrait dire que le problème est strictement inverse s'agissant des garanties du procès équitable, dont l'application en la matière semble passablement contingente.

#### B. — *Une jurisprudence contingente sur l'article 6, § 1<sup>er</sup>*

L'article 6 intéresse à plusieurs égards la question des discriminations raciales. Le droit d'accès à un tribunal, comme le droit à un recours juridictionnel effectif (article 13), pourrait être opposé à une législation qui priverait certaines personnes de recours en considération de leur origine nationale. Le droit de tout individu à être informé dans une langue qu'il comprend de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui interdit (indirectement) que l'intéressé ne soit victime de son appartenance ethnique (article 6, § 3 a). Mais c'est sous l'angle de l'exigence d'impartialité que la juridiction européenne des droits de l'homme s'est prononcée.

Sa jurisprudence a, à cet égard, connu d'heureux infléchissements : à quelques trois ans d'intervalle, la Cour a en effet été saisie de problèmes relativement similaires, auxquels elle a apporté des réponses sensiblement contraires<sup>(63)</sup>. Lors de deux procès criminels, l'un des membres du jury populaire s'est inquiété des propos à connotation raciste tenus au sujet de l'accusé par un ou plusieurs

(62) Req. n° 7823/77, *Tsiganes Kaldéras c. R.F.A.*, Req. n° 7824/77, *Tsiganes Kaldéras c. Pays-Bas*, 6 juillet 1977.

(63) Arrêt *Gregory c. Royaume-Uni*, 25 février 1997 et arrêt *Kudlip Sander c. Royaume-Uni*, 9 mai 2000.

de ses co-jurés. Aucun d'entre eux n'a cependant été récusé. Le président de la juridiction nationale, auquel une note avait pourtant été adressée, s'est contenté dans les deux cas de rappeler leurs devoirs aux jurys avant de laisser se poursuivre les instances. Mais, alors que dans l'affaire *Gregory* le juge de la Convention conclut à la non-violation de l'article 6, § 1<sup>er</sup> (64), il considère dans l'affaire *Kudlip-Sander* que « la Cour qui a condamné le requérant n'était pas impartiale d'un point de vue objectif » (§ 34). La juridiction européenne refuse ainsi de donner le moindre poids, d'une part à la dénégation collective de racisme exprimée par le jury, et d'autre part à l'exhortation formelle qu'avait adressée à ce dernier le Président de la juridiction nationale (65). « *Etant donné l'importance qu'attachent les Etats contractants à la nécessité de combattre le racisme, la Cour considère que le juge aurait dû réagir d'une manière plus vigoureuse qu'en recherchant de vagues assurances que les jurés pourraient laisser de côté leurs préjugés et se prononcer sur la base des seules preuves. En omettant de le faire, le juge n'a pas fourni des garanties suffisantes pour exclure tout doute objectivement justifié ou légitime sur l'impartialité de la cour* ». Même si l'on doit craindre les abus du politiquement correct, on se félicitera de la place ainsi donnée à la lutte contre les discriminations raciales dans la définition des obligations incombant aux autorités nationales et dans l'analyse de l'impartialité objective. Que le contrôle européen se centre sur cette dernière exigence est au demeurant appréciable dans la mesure où, privilégiant les apparences, elle permet de tirer les conséquences non seulement de faits établis mais de présomptions sérieuses. Bien que l'impartialité subjective de certains jurés ait pu être douteuse en l'espèce, elle n'aurait pas donné les mêmes garanties pour l'avenir.

Mais le rapprochement avec l'affaire *Gregory* laisse penser que la conclusion de violation est déterminée par le fait que l'un des jurés avait admis s'être livré à des plaisanteries de caractère raciste et que l'avocat de la défense avait tout au long de la procédure insisté pour que le jury soit récusé. La solution de principe devient ainsi

---

(64) E. DECAUX, « Les jurisprudences internationale et européenne en matière de non-discrimination raciale », in E. DECAUX (dir.), *Le droit face au racisme*, Pedone, 1999, pp. 101-118, spéc. p. 115.

(65) La crédibilité de la lettre du jury apparaît en effet douteuse à la Cour, du moment que son contenu contredisait manifestement les inquiétudes exprimées la veille par un des membres dudit jury et qu'un autre avait reconnu s'être effectivement livré à des plaisanteries douteuses sur les origines de l'accusé. Quant aux directives adressées par le juge au jury, il semble à la Cour qu'elles ne pourraient, si claires, détaillées et contraignantes soient-elles, abolir en une nuit des préjugés raciaux.

tributaire des circonstances. Pour préserver une certaine cohérence et expliquer qu'elle ait apporté des solutions diamétralement opposées à des problèmes comparables, la Cour obscurcit sa politique jurisprudentielle. Au demeurant, la relativité de sa jurisprudence apparaît accrue, quoique d'une autre manière, dans le domaine des articles 8 et 10.

C. — *Une jurisprudence pondérée  
sur les articles 8 et 10*

La nature conditionnelle des droits reconnus par ces deux dispositions commande de distinguer selon que leur interprétation protège l'individu des distinctions arbitraires ou selon que la lutte contre les discriminations raciales légitime une ingérence publique. Les seuls exemples dont on dispose donnent à voir dans le premier cas une protection prudemment éludée et dans le second une protection casuellement minorée.

1. *Une protection prudemment éludée*

En consacrant le droit au respect du domicile et de la vie privée et familiale, l'article 8 pourrait protéger un mode vie spécifique et, par ce biais il est vrai indirect et marginal<sup>(66)</sup>, contribuer à résorber des inégalités de fait. Toutefois, la Cour de Strasbourg a soigneusement évité de statuer en ce sens dans l'affaire *Buckley* du 25 septembre 1996, laquelle concernait une tsigane<sup>(67)</sup>, qui s'était vue refuser le droit de vivre dans une caravane sur le terrain dont elle était propriétaire en application des plans d'aménagement urbain. Contrairement à la Commission, pour laquelle les pouvoirs publics n'avaient pas accordé aux intérêts de la requérante l'attention particulière qu'ils étaient censés porter aux tziganes menant une vie traditionnelle, la Cour juge que, « conformément à la politique gouvernementale, les besoins spécifiques de l'intéressée en tant que tzigane vivant selon la tradition ont été pris en considération » (§ 80). Les références aux circulaires pertinentes dans le rapport du ministre apparaissent pourtant relativement formelles et il était acquis par ailleurs que l'emplacement proposé à la requérante ne lui offrait pas les mêmes conditions de bien-être et sécurité, que les sites autorisés

---

(66) En effet, l'appartenance raciale ne détermine pas nécessairement de spécificités sur ce plan.

(67) L'affaire ne portait pas exactement sur une discrimination raciale, du moment que la loi nationale définit les tziganes non par leur race ou leur origine mais par leur mode vie nomade.

manquaient et que les seuils maximum de concentration interdisaient d'en créer de nouveaux. Reconnaisant aux autorités nationales une large marge d'appréciation et se concentrant sur les garanties procédurales offertes à Mme Buckley, la Cour rappelle qu'il ne lui appartient pas de statuer sur le fond de la décision, « *même si certains faits militent en faveur d'une autre issue au niveau interne* ». Le juge se réfugie ainsi derrière les limites de son mandat, qu'il a pourtant outrepassées en d'autres occasions, afin de ne pas être entraîné sur le terrain mouvant des discriminations positives et des droits des minorités. L'ouverture du Conseil de l'Europe à l'Est, tout en nécessitant que la Cour révise sa position, pourrait toutefois ne pas l'y inciter.

## 2. Une protection casuellement minorée

Les clauses restrictives dont sont assortis différents droits et libertés (droit au respect de la vie privée et familiale, libertés de religion, d'expression, d'association) autorisent les Etats à s'ingérer dans leur exercice, afin de défendre les droits d'autrui. Comme on pouvait le supposer et comme l'a confirmé l'arrêt *Jersild* en date du 23 septembre 1994<sup>(68)</sup>, ce but extrêmement compréhensif inclut la lutte contre les discriminations raciales. En l'espèce, la marge d'appréciation consentie aux autorités nationales sur cette base était pourtant réduite. La Cour condamne, certes, sans équivoque toute incitation à la haine raciale et l'exclut du bénéfice de l'article 10, faisant ainsi une application implicite de l'article 17. Mais si elle se rend compte « *qu'il importe au plus haut point de lutter contre la discrimination raciale sous toutes ses formes et manifestations* » (§ 30), elle n'en déduit aucune responsabilité particulière à la charge des médias lorsqu'ils traitent de ce problème. Elle considère au contraire que ceux-ci doivent demeurer libres de déterminer les techniques de compte-rendu les plus appropriées. « *Sanctionner un journaliste pour avoir aidé à la diffusion de déclarations émanant d'un tiers dans un entretien entraverait gravement la contribution de la presse aux discussions de problèmes d'intérêt général et ne saurait se concevoir sans raisons particulièrement sérieuses* ». Il est vrai qu'il existe une différence essentielle entre le fait de tenir des propos

---

(68) On rappellera brièvement que la Cour était saisie d'une ingérence dans la liberté d'expression d'un journaliste, condamné pour avoir inclus dans une émission télévisée à forte audience les déclarations racistes et xénophobes de personnes spécifiquement interrogées, en l'occurrence des « *jeunes incultes et socialement défavorisés* » connus sous le nom de « *blousons verts* » (arrêt *Jersild*, § 28).

racistes et celui de consacrer un reportage au racisme <sup>(69)</sup>. Mais il ne nous semble pas exagéré d'attendre des journalistes un minimum de précautions dans l'exercice de leur fonction d'information, une certaine pédagogie, une dénonciation formelle plutôt qu'implicite des comportements portant atteinte à la dignité humaine <sup>(70)</sup>. Or, dans l'appréciation du juste équilibre entre les nécessités de la lutte contre les discriminations raciales et la liberté d'expression, la Cour a nettement privilégié la seconde <sup>(71)</sup>. Cette solution a, au demeurant, trouvé une certaine confirmation dans l'affaire *Lehideux et Isorni* <sup>(72)</sup>, relative à la condamnation des requérants pour apologie de crimes ou délits de collaboration après qu'ils aient fait paraître un encart publicitaire visant à réhabiliter la mémoire du maréchal Pétain. Le problème ne touche certes pas directement à la thématique des discriminations raciales, mais s'y rattache de façon connexe si l'on considère l'idéologie du régime de Vichy et sa politique à l'égard des « *ressortissants étrangers de race juive* ». Or la Cour, soulignant qu'elle ne se trouve pas en présence de discours négationnistes ou favorables au nazisme, insiste sur la nécessité des « *efforts que tout pays est appelé à fournir pour débattre ouvertement et sereinement de sa propre histoire* » et sur le fait que la liberté d'expression vaut aussi pour les idées qui heurtent, choquent ou inquiètent... Il en irait sans doute différemment face à un autre droit et la primauté pourrait alors revenir au principe de non-discrimination. Mais les garanties accordées aux individus en la matière, *via* les clauses d'ordre public, ne s'en avèrent pas moins pondérées.

On l'aura compris, le système européen des droits de l'homme entretient en matière de discrimination raciale plusieurs paradoxes. Paradoxe d'un texte dont les ressources sont nombreuses, mais les conditions d'application parfois restrictives; paradoxe d'un juge qui, tout en n'ignorant pas l'importance de la lutte contre le racisme, y reconnaissant au contraire l'un des principaux buts des

---

(69) P. WACHSMANN, « Une certaine marge d'appréciation — Considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, 2000, pp. 1017-1042, spéc. p. 1039.

(70) Surtout si l'on considère l'impact de la télévision, qualifiée par certains de véritable « *danger pour la démocratie* » (K. POPPER, *La télévision, un danger pour la démocratie*, Anatolia Editions, 1994, rééd. 10/18, 1998).

(71) G. COHEN-JONATHAN, « Discrimination raciale et liberté d'expression », *R.U.D.H.*, 1995, pp. 1-8, spéc. pp. 6 et s.

(72) Arrêt du 27 septembre 1998.

Etats contractants <sup>(73)</sup>, ne lui accorde pas nécessairement une place centrale dans sa jurisprudence. La ratification du Protocole n° 12 devrait néanmoins permettre d'aligner les normes européennes sur les principes internationaux, jusqu'alors plus protecteurs <sup>(74)</sup>, tandis que les arrêts *Velikova* et *Kudlip Sander* pourraient augurer une certaine évolution jurisprudentielle. On le souhaite, afin que, sur un problème aussi sensible, la Convention demeure, face à la concurrence du droit communautaire, un mécanisme de référence, conformément à sa vocation d'instrument constitutionnel de l'ordre public européen. Car celui-ci n'a de sens que s'il garantit le respect de la dignité humaine et préserve la cohésion sociale, deux valeurs que le racisme érode.

Caroline PICHERAL  
*Maître de conférences*  
*à la Faculté de droit*  
*de l'Université de Montpellier*



---

(73) Arrêt *Kudlip Sander*, 9 mai 2000, § 23 : « Dans les sociétés européennes multiculturelles d'aujourd'hui, l'éradication du racisme est devenu un objectif prioritaire et commun à tous les Etats contractants ».

(74) E. DECAUX, « Les jurisprudences internationale et européenne en matière de non-discrimination raciale », *op. cit.*, spéc. p. 118.