

**Droit de l'égalité et de la non-discrimination**  
**Chronique JEDH - 2012<sup>1</sup>**  
**Emmanuelle Bribosia<sup>2</sup> et Isabelle Rorive<sup>3</sup>**

En Europe, le droit de l'égalité et de la non-discrimination est en pleine efflorescence depuis une quinzaine d'année. Une fois n'est pas coutume, c'est le droit de l'Union européenne (UE) qui a joué un rôle moteur, tant par les concepts consacrés dans certains instruments normatifs (directives) que par ceux mis en lumière dans la jurisprudence de la Cour de justice. Au cours de la dernière décennie, la Cour européenne des droits de l'homme a elle aussi développé un contrôle plus systématique du principe de non-discrimination (article 14 CEDH)<sup>4</sup>, s'inspirant à de multiples reprises de son homologue de Luxembourg mais également de certaines jurisprudences des Comités onusiens ou de la Cour interaméricaine des droits de l'homme<sup>5</sup>. Ces influences mutuelles entre les organes de protection des droits de la personne dans le domaine de la non-discrimination, favorisées par l'activisme d'organisations tierces-intervenantes, par l'action stratégique de certains requérants ou par le dialogue que nouent les juges, débouchent sur des phénomènes de fertilisations croisées et de migrations de concepts. Qu'il s'agisse des victimes, des ONGs, des praticiens – avocats, membres des organismes de promotion de l'égalité de traitement ou juges – ou encore des académiques, une approche cloisonnée par ordre juridique ou par juridiction n'est plus suffisante pour saisir les avancées ou les enjeux du droit de la non-discrimination. C'est la raison pour laquelle nous privilégions, dans cette chronique, et c'est là que réside son originalité, une approche intégrée<sup>6</sup> des instruments et de la jurisprudence des différentes juridictions ou organes de protection des droits de l'homme au plan européen (Cour de justice de l'Union européenne, Cour européenne des droits de l'homme, Comité européen des droits sociaux) et international (Comité des droits de l'homme, Comité pour l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes, Comité pour l'élimination des discriminations raciales, etc.).

---

<sup>1</sup> Les auteurs tiennent à remercier Joseph Damamme (Assistant de recherche à la section juridique de l'Institut d'Etudes européennes de l'Université libre de Bruxelles) pour sa précieuse contribution aux recherches liées à cette chronique. Cette dernière s'inscrit dans le cadre du projet PAI "The Global Challenge of Human Rights Integration: Toward a Users' Perspective" (2012-2017), coordonné par Eva Brems et auquel les deux auteurs de cette contribution sont partie prenante, en tant que partenaire ULB.

<sup>2</sup> Emmanuelle Bribosia est professeur à l'Institut d'Etudes européennes et à la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles ainsi que directrice de la section juridique de cet Institut. Elle peut être jointe à [ebribo@ulb.ac.be](mailto:ebribo@ulb.ac.be).

<sup>3</sup> Isabelle Rorive est professeur à la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles et directrice du Centre Perelman de philosophie du droit. Elle peut être jointe à [irorive@ulb.ac.be](mailto:irorive@ulb.ac.be).

<sup>4</sup> F. Tulkens, « L'évolution du principe de non-discrimination à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in J.Y. Carlier (dir.), *L'étranger face au droit. XXèmes journées d'études juridiques J. Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 193-210.

<sup>5</sup> O. De Schutter, *The prohibition of Discrimination under European Human Rights Law*, Brussels, European Commission 2012, disponible à l'adresse suivante : <http://www.non-discrimination.net/content/media/The%20Prohibition%20of%20Discrimination%20under%20European%20Human%20Rights%20Law%20-%20EN.pdf>

<sup>6</sup> Cette approche est également prônée dans le cadre du projet PAI "The Global Challenge of Human Rights Integration: Toward a Users' Perspective", mentionné *supra*, note 1.

Cette approche intégrée n'est pas sans incidence sur la sélection des cas : sans prétendre à l'exhaustivité, nous choisissons, dans les décisions et arrêts rendus au cours de l'année civile écoulée par les juridictions ou organes européens et internationaux de protection des droits de la personne, ceux qui attestent d'évolutions significatives, de convergences, de divergences ou d'influences croisées ainsi que de l'émergence ou de la stabilisation de concepts ou de modalités procédurales spécifiques (discrimination indirecte, aménagement raisonnable, stéréotypes, aménagement de la charge de la preuve, etc.). C'est également cette optique intégrée qui a orienté le choix en faveur d'un regroupement des affaires en fonction des critères de discrimination. Sans être en mesure de tous les traiter<sup>7</sup>, une tâche qui serait par trop fastidieuse étant donné le caractère ouvert de certaines dispositions (article 14 CEDH, article 26 PIDCP ou article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE), nous avons privilégié les critères considérés comme « suspects » en droit européen : âge (1), genre, transgenre et orientation sexuelle (2), handicap et état de santé (3), nationalité et lieu de résidence (4), race et origine ethnique (5), religion et convictions (6). Une rubrique spécifique a été consacrée aux discriminations multiples ou inter-sectionnelles (7).

## I. AGE

Les questions relatives aux discriminations fondées sur l'âge aboutissent principalement devant la Cour de justice de l'Union européenne, depuis l'entrée en vigueur de la directive 2000/78<sup>8</sup>. Elles constituent d'ailleurs la majeure partie du contentieux en la matière soumis à cette juridiction<sup>9</sup>. La jurisprudence de 2012 s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence antérieure et porte principalement sur l'interprétation des justifications de différences de traitement directement fondées sur l'âge, admissibles au regard de l'article 6 § 1<sup>er</sup> de la directive 2000/78. La Cour de justice semble osciller entre la reconnaissance d'une large marge d'appréciation aux Etats membres et aux partenaires sociaux en matière de politique sociale et d'emploi et l'exercice d'un contrôle strict des mesures instaurant des différences de traitement directement fondées sur l'âge dans ces domaines. Une large marge d'appréciation est assurément confirmée quant au choix de la poursuite d'un objectif déterminé, qui ne doit pas impérativement figurer expressément dans la législation ou la convention collective, à

---

<sup>7</sup> Pour 2012, voy. également les décisions rendues sur la base d'autres critères de discrimination non répertoriés dans cette chronique. Concernant une allégation de discrimination entre le père biologique prétendu et le père reconnu légalement : C.E.D.H. (5<sup>ième</sup> sect.), arrêt *Ahrens c. Allemagne* du 22 mars 2012 (req. n° 45071/09) (définitif depuis le 24 septembre 2012) et C.E.D.H. (5<sup>ième</sup> sect.), arrêt *Kautzor c. Allemagne* du 22 mars 2012 (req. n° 23338/09) (définitif depuis le 24 septembre 2012) ; concernant une allégation de discrimination fondée sur l'appartenance à un parti politique en matière de licenciement : C.E.D.H. (4<sup>ième</sup> sect.), arrêt *Redfearn c. Royaume-Uni* du 6 novembre 2012, (req. n° 47335/06) ; concernant une discrimination en matière de regroupement familial entre des catégories de réfugiés selon qu'il se sont mariés avant ou après leur arrivée dans le pays d'accueil : C.E.D.H. (4<sup>ième</sup> sect.), arrêt *Hode et Abdi c. Royaume-Uni* du 6 novembre 2012 (req. n° 22341/09) ; concernant des différences de traitement entre petits et grands propriétaire terriens : C.E.D.H. (GC), arrêt *Chabauty c. France* du 4 octobre 2012 (req. n° 57412/08).

<sup>8</sup> Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (*J.O.*, L 303, 2.12.2000, p. 16).

<sup>9</sup> Declan O'Dempsey & Anna Beale, *Age and Employment*, European Commission, Luxembourg, 2011; E. Bribosia et Th. Bombois, « Interdiction de la discrimination en raison de l'âge. Du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations. Réflexions autour des arrêts Wolf, Petersen et Küçükdeveci de la Cour de justice de l'Union européenne », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2011, pp. 41-84.

condition que d'autres éléments, tirés du contexte général de la mesure concernée, permettent de l'identifier et d'exercer un contrôle juridictionnel sur sa légitimité et le caractère approprié et nécessaire des moyens mis en œuvre pour le réaliser<sup>10</sup>. La marge d'appréciation s'avère plus fluctuante au deuxième stade de l'analyse, à savoir lors de l'examen de proportionnalité.

A l'occasion de l'affaire *Hörnfeldt*<sup>11</sup>, la Cour était amenée à se prononcer sur le caractère légitime et justifié d'une mesure nationale, permettant à un employeur de mettre un terme au contrat de travail d'un salarié dès lors qu'il a atteint l'âge de 67 ans, indépendamment du niveau de pension de retraite à percevoir par l'intéressé. La Cour admet, sans surprise au vu de sa jurisprudence antérieure, la légitimité des objectifs de politique de l'emploi invoqués par le gouvernement suédois à l'appui de cette « règle des 67 ans », et en particulier la facilitation de l'accès des jeunes travailleurs au marché du travail<sup>12</sup>. Plus innovante est la référence à l'article 15 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, consacrant le droit au travail, à la lumière duquel l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge doit être lue. Ainsi, pour évaluer le caractère approprié et nécessaire de la mesure, « une attention particulière doit être accordée à la participation des travailleurs âgés à la vie professionnelle et, par là même, à la vie économique, culturelle et sociale »<sup>13</sup>. En l'espèce, toutefois, la « règle des 67 ans », replacée dans son contexte, réalise, selon la Cour, un juste équilibre entre « le préjudice qu'elle peut occasionner aux personnes visées [et] les bénéfices qu'en tirent la société en général et les individus qui la composent »<sup>14</sup>. La situation particulière du requérant, qui devait bénéficier d'une allocation de retraite très peu élevée, ne semble pas émouvoir la Cour dans la mesure où elle relève l'existence de certains mécanismes de compensation (aide au logement, prestation de vieillesse) en droit suédois et surtout au motif qu'elle a déjà admis la validité d'un mécanisme plus radical (cessation d'office des contrats à l'âge de 65 ans, indépendamment du montant de la pension) qui existait en droit allemand dans une affaire *Rosenblatt* jugée précédemment<sup>15</sup>.

Dans un contexte de relations tendues entre l'Union européenne et la Hongrie à la suite de réformes liberticides engagées par le gouvernement Orban, la Cour a jugé discriminatoire l'abaissement abrupt et significatif, de 70 à 62 ans, de l'âge obligatoire de cessation d'activités pour les juges, procureurs et notaires<sup>16</sup>. Le 16 juillet 2012, la Cour constitutionnelle hongroise avait déjà annulé, avec effet rétroactif, une partie de la législation hongroise critiquée. La Commission a néanmoins décidé de maintenir son recours en manquement, notamment pour tenir compte des difficultés éprouvées par les personnes déjà affectées par ces mesures d'obtenir une réintégration dans leur poste. La Commission de Venise du Conseil de l'Europe s'était d'ailleurs également saisie du

---

<sup>10</sup> C.J., 5 juillet 2012 *Torsten Hörnfeldt c. Posten Meddelande AB*, C-141/11, § 24.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> C.J., 18 novembre 2010, *Georgiev et Fuchs and Köhler*, aff. jtes C-250/09 et C-268/09 pour la justification fondée sur l'encouragement de l'accès des jeunes à l'emploi.

<sup>13</sup> C.J., 5 juillet 2012 *Torsten Hörnfeldt c. Posten Meddelande AB*, C-141/11, § 37.

<sup>14</sup> *Ibidem*, § 38.

<sup>15</sup> C.J., 12 octobre 2010, *Gisela Rosenblatt v Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH*, C-45/09. Voy. le commentaire critique de J. Jacquemain, "Egalité entre travailleurs féminins et masculins - Autres discriminations 'article 19 TFUE'", *J.D.E.*, 2012, p. 313.

<sup>16</sup> C.J., 6 novembre 2012, *Commission c. Hongrie*, C-286/12.

dossier et avait incité le législateur hongrois à réintégrer automatiquement les juges démis de leurs fonctions, sans exiger qu'ils passent par une nouvelle procédure de nomination<sup>17</sup>. Dans son arrêt du 6 novembre 2012, rendu à la suite d'une procédure accélérée, la Cour a d'abord avalisé la légitimité des deux objectifs avancés par la Hongrie à l'appui de ce nouveau régime. Tant la mise en place d'une structure d'âge plus équilibrée facilitant l'accès des jeunes juristes aux professions concernées que l'uniformisation de la limite d'âge de cessation obligatoire d'activités, dans le cadre des professions relevant de la fonction publique - qui contribue à la réalisation de l'égalité de traitement - peuvent constituer des objectifs légitimes de la politique de l'emploi. C'est donc au stade de l'examen de proportionnalité que ces mesures vont se heurter au veto de la Cour de justice. Concernant l'objectif d'uniformisation, la Cour relève que les intérêts de ceux qui sont affectés par cette mesure n'ont pas été dûment pris en compte, notamment étant donné l'absence de prévisibilité de la mesure, son caractère abrupt et le défaut de mesures transitoires dignes de ce nom. En outre, la Hongrie n'a nullement démontré que l'objectif en cause n'aurait pu être atteint par un dispositif moins contraignant et sa politique a manqué de cohérence dans les différents secteurs de la fonction publique. Concernant le second objectif de mise en place d'une structure d'âge plus équilibrée, la Cour estime qu'une analyse à moyen et long termes met très sérieusement en cause les effets apparemment positifs à court terme. La Cour conclut à la violation de l'interdiction de discrimination fondée sur l'âge en raison du manque de proportionnalité des mesures adoptées.

L'affaire *Tyrolean Airways*<sup>18</sup> s'inscrit dans un autre contexte : celui des controverses relatives à la prise en compte de l'âge et/ou de l'ancienneté comme critère déterminant des barèmes de rémunération. Le *Oberlandsgericht Innsbruck* demanda à la Cour si le droit anti-discriminatoire de l'Union s'opposait à une convention collective ne tenant compte, aux fins du classement dans les catégories d'emploi dont dépend le montant de la rémunération, que de l'expérience acquise en tant que membre du personnel d'une compagnie déterminée, excluant ainsi l'expérience matériellement identique acquise dans une autre compagnie appartenant au même groupe d'entreprises. Alors que la juridiction autrichienne avait formulé sa question en visant également l'article 21 § 1<sup>er</sup> de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, le principe général de non-discrimination fondée sur l'âge et la directive 2000/78, la Cour décide - de manière quelque peu réductrice - de ne l'examiner qu'au regard de la directive. Pour la Cour, celle-ci ne s'oppose pas à la différence de traitement en cause, car le critère retenu n'est ni indissociablement ni indirectement lié à l'âge<sup>19</sup>. L'on peut toutefois s'étonner que la Cour en reste là et ne vérifie pas si cette différence de traitement est conforme à l'interdiction des discriminations prescrite à l'article 21 de la Charte (liste ouverte de motifs prohibés de discrimination) ou encore au principe d'égalité de traitement inclus à l'article 20 de la Charte.

---

<sup>17</sup> European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Opinion on the Cardinal Acts on the Judiciary that were amended following the adoption of opinion CDL-AD(2012)001 on Hungary, 15 October 2012, CDL-AD(2012)020, § 80.

<sup>18</sup> C.J., 7 juin 2012, *Tyrolean Airways c. Betriebsrat Bord der Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH*, C-132/11.

<sup>19</sup> *Ibidem*, § 29.

A l'initiative de deux fédérations de syndicats grecques, une affaire relative au caractère potentiellement discriminatoire d'une loi anticrise, qui réduisait le seuil minimum de la rémunération (84% du salaire minimum de base ou journalier) devant être accordée aux travailleurs de moins de 25 ans lors de leur première embauche, a été portée devant le Comité européen des droits sociaux, par le biais du mécanisme de réclamation collective<sup>20</sup>. La crise économique sans précédent qui frappe la Grèce avait été invoquée par le gouvernement national pour justifier diverses mesures adoptées afin de faire face à des problèmes structurels du marché du travail et, en particulier, au phénomène d'aggravation du chômage des jeunes. A titre préliminaire et dans la ligne de conclusions adoptées en 2009, le Comité des droits sociaux souligne que « les mesures visant à encourager une plus grande flexibilité de l'emploi en vue de combattre le chômage ne devraient pas avoir pour résultat de priver de larges catégories de salariés, de leurs droits fondamentaux issus du droit du travail, qui les protègent contre des décisions arbitraires de leurs employeurs ou des pires effets des fluctuations économiques »<sup>21</sup>. Après avoir conclu à une violation du droit à une rémunération équitable (article 4 § 1<sup>er</sup> de la Charte sociale de 1961) au motif que le salaire minimum octroyé aux jeunes travailleurs se situe en deçà du seuil de pauvreté, le Comité se penche sur la question de la discrimination fondée sur l'âge. Par une approche constructive, le Comité reformule l'argument lié à la discrimination contenu dans le recours en mobilisant la clause anti-discriminatoire du Préambule de la Charte de 1961<sup>22</sup>. Après avoir avalisé la légitimité du but invoqué par l'Etat - l'intégration des jeunes travailleurs sur le marché du travail dans une période de grave crise économique - et sans autre forme de procès, le Comité estime disproportionnée la réduction du salaire minimum qui touche les jeunes travailleurs, en raison de son importance et de son application systématique à tous les travailleurs de moins de 25 ans.

## II. GENRE, TRANSGENRE ET ORIENTATION SEXUELLE

En 2012, la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE relative aux discriminations fondées sur le genre fut limitée<sup>23</sup>, voire inexistante pour les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. L'on se contentera d'épingler l'arrêt *Isabel Elbal Moreno* à l'occasion duquel la Cour confirme sa jurisprudence en matière de discrimination indirecte fondée sur le sexe pour apprécier un système d'octroi de pension qui désavantageait, sans justification objective et raisonnable, les travailleurs à temps partiel (en Espagne, 80 % de femmes)<sup>24</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme et certains comités onusiens furent plus productifs. Si l'on excepte un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme condamnant la Turquie pour traitement inhumain et dégradant

---

<sup>20</sup> C.E.D.S., *Association Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI) et Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY) c. Grèce*, R.C. n° 66/2011, déc. du 23 mai 2012.

<sup>21</sup> *Ibidem*, § 14.

<sup>22</sup> A la différence de la clause non-discriminatoire contenue à l'article E de la Charte sociale révisée, la Charte sociale européenne de 1961 ne contient une telle disposition que dans son Préambule.

<sup>23</sup> Voy. J. Jacquain, « Egalité entre travailleurs féminins et masculins – Autres discriminations “article 19 TFUE” », *J.D.E.*, 2012, pp. 310-314.

<sup>24</sup> C.J., 22 novembre 2012, *Isabel Elbal Moreno c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*, C-385/11.

fondé sur l'orientation sexuelle d'un détenu<sup>25</sup>, la jurisprudence en matière de genre, transgenre et orientation sexuelle peut être regroupées en trois catégories pour l'année écoulée. Tout d'abord, dans la ligne de l'approche du Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes<sup>26</sup>, la Cour européenne a condamné solennellement, en Grande Chambre, les stéréotypes en matière de genre<sup>27</sup>. Ensuite plusieurs affaires s'inscrivent dans la foulée de l'arrêt *Schalck et Kopf* de la Cour européenne des droits de l'homme à l'occasion duquel on se souviendra que la Cour, se retranchant derrière la marge nationale d'appréciation, avait refusé de consacrer un droit au mariage pour les couples de même sexe<sup>28</sup>. Enfin, un troisième groupe d'affaires a trait à l'interaction entre la liberté d'expression et/ou de manifestation avec l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle<sup>29</sup>.

### A.- Condamnation des stéréotypes en matière de genre

La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes impose expressément aux Etats des obligations afin de « modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes » (article 5, a)). Cette disposition a constitué l'un des fondements de la condamnation essuyée par la Bulgarie, dans l'affaire *Jallow*<sup>30</sup>, concernant les discriminations et la violence domestique subies par une femme analphabète de nationalité gambienne. Alors que celle-ci s'était plainte de violences infligées par son mari, aucune enquête digne de ce nom n'avait été ouverte par les autorités nationales. Au contraire, les juridictions bulgares lui avaient retiré la garde de son enfant sur la base des seules allégations de son mari l'accusant de mauvais traitements. Cette situation avait perduré pendant plusieurs mois, sans qu'elle ne soit informée du sort réservé à son enfant ni que lui soit octroyé un droit de visite. La garde de son enfant ne lui avait été restituée qu'après acceptation divorce par consentement mutuel. Après avoir rappelé que « l'attitude traditionnelle consistant à considérer les femmes comme inférieures aux hommes contribue à attiser la violence à l'égard de ces

---

<sup>25</sup> C.E.D.H. (2<sup>ème</sup> sect.), arrêt *X c. Turquie* du 9 octobre 2012 (req. n° 24626/09). Dans cette affaire, l'Etat turc contestait toute allégation de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, arguant du fait que l'isolement du détenu en cellule individuelle visait à protéger ce dernier. La Cour juge toutefois l'exclusion de toute vie sociale carcérale injustifiée au regard du souci de protection proclamé par les autorités pénitentiaires. Elle déclare qu'« à ses yeux, l'orientation sexuelle du requérant a été la raison principale de l'adoption de cette mesure » et conclut à une violation de l'article 14 combiné à l'article 3 de la Convention.

<sup>26</sup> Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Jallow c. Bulgarie*, communication n° 32/2011, déc. du 28 août 2012, (CEDAW/C/52/D/32/2011).

<sup>27</sup> C.E.D.H. (GC), arrêt *Konstantin Markin c. Russie* du 22 mars 2012 (req. n°30078/06).

<sup>28</sup> C.E.D.H. (1<sup>re</sup> sect.), arrêt *Schalck et Kopf* du 24 juin 2010, (req. n° 30141/04) (définitif depuis le 22 novembre 2010) ; C.E.D.H. (4<sup>ème</sup> sect.), arrêt *H. c. Finlande* du 13 novembre 2012 (req. n° 37359/09) ; C.E.D.H. (ancienne 5<sup>ème</sup> sect.), arrêt *Gas et Dubois c. France* du 15 mars 2012 (req. n° 25951/07) (définitif depuis le 15 juin 2012).

<sup>29</sup> Comité D.H., *Irina Fedotova c. Fédération de Russie*, communication n° 1932/2010, déc. du 31 octobre 2012, (CCPR/C.106/D/1932/2010) ; C.E.D.H. (3<sup>ème</sup> sect.), arrêt *Genderdoc-M c. Moldavie* du 12 juin 2012 (req. n° 9106/06) (définitif depuis le 12 septembre 2012) ; C.E.D.H. (5<sup>ème</sup> sect.), arrêt *Vejdeland c. Suède* du 9 février 2012 (req. n° 1813/07) (définitif depuis le 9 mai 2012).

<sup>30</sup> Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Jallow c. Bulgarie*, communication n° 32/2011, déc. du 28 août 2012, (CEDAW/C/52/D/32/2011).

dernières », le Comité souligne que les autorités bulgares, alors qu'elles connaissaient la position vulnérable de cette femme et sa dépendance vis-à-vis de son mari, ont accordé un crédit considérable aux allégations de ce dernier dans l'ensemble des procédures. Ce faisant, les autorités « ont agi en fonction de la notion stéréotypée qui veut que le mari soit supérieur et qu'il soit celui dont les opinions devraient être prises au sérieux, ignorant le fait que la violence conjugale touche considérablement plus de femmes que d'hommes » (§ 8.6). Sur ce point, le Comité conclut à une discrimination fondée sur le sexe (violation des articles 5 et 16, § 1<sup>er</sup>, c), d) et f)). En outre, étant donné la situation particulièrement vulnérable de la requérante (femme migrante, analphabète, ne connaissant pas le bulgare et sans famille autre que son mari en Bulgarie) et de sa fille, le Comité conclut à une violation de plusieurs obligations positives destinées à éradiquer une série de discriminations infligées aux femmes (article 2 b), c), d) et e), lus à la lumière des articles 1 et 3 de la Convention) (§§ 8.4. et 8.5.). Outre les mesures de réparation individuelle que le Comité recommande à l'Etat d'accorder à la victime, l'on épinglera certaines prescriptions générales, telles que l'adoption de mesures permettant aux femmes victimes de violence familiales, en particulier migrantes, d'avoir effectivement accès à la protection contre la violence familiale et à la justice ou l'organisation de formations adéquates pour les praticiens de la justice et les autorités de police afin que les discriminations multiples soient prises en compte dans l'appréhension des violences fondées sur le sexe (§ 8.8).

Ce sont encore les stéréotypes de genre qui sont au cœur de l'affaire *R.K.B c. Turquie* examinée par le Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes<sup>31</sup>. Cette fois, il s'agissait d'un licenciement d'une employée dans un salon de coiffure, fondé sur des comportements jugés immoraux – notamment des allégations de relations extra-conjugales –, alors même que les employés masculins ayant une conduite similaire n'étaient nullement inquiétés. Si le licenciement avait été jugé injustifié par les juridictions turques, elles n'en avaient pas moins rejeté l'allégation de discrimination fondée sur le sexe. Le Comité estime que la Turquie a violé ses obligations au titre de l'article 2 (a) et (c) de la Convention en n'assurant pas la réalisation pratique du principe d'égalité de traitement inclus dans son droit du travail et en ne garantissant pas une protection effective des femmes contre les discriminations fondées sur le sexe (§ 8.6). Le Comité insiste sur la nécessité de prendre des mesures à l'échelle nationale afin d'éliminer les stéréotypes de genre, qui sont à la fois une source et une conséquence des discriminations dont sont victimes les femmes (§ 8.8.). En l'espèce, le Comité estime qu'il y a eu violation de l'article 5 de la Convention au motif que les procédures juridictionnelles étaient basées sur une perception stéréotypée de la gravité des relations extraconjugales pour les femmes. Alors que ces relations sont jugées acceptables pour les hommes, les femmes sont tenues de s'abstenir de toute entorse, aussi minime soit-elle, à la moralité publique (§ 8.7).

Les stéréotypes de genre, dans la répartition des rôles parentaux cette fois, ont également été condamnés de manière retentissante par la Cour européenne des droits de l'homme, en formation de Grande Chambre, à l'occasion de l'affaire *Konstantin Markin*

---

<sup>31</sup> Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *R.K.B c. Turquie*, communication n° 28/2010, déc. du 13 avril 2012, (CEDAW/C/51/D/28/2010).

c. *Russie*<sup>32</sup>. La législation russe en cause, qui réservait le congé parental aux militaires de sexe féminin, a été jugée discriminatoire pour le requérant, un homme, qui n'avait pu bénéficier de ce congé pour s'occuper de ses trois enfants dont il assurait seul la garde. Reprenant à son compte nombre des arguments développés dans la tierce-intervention du Centre des droits de l'homme de l'Université de Gand, la Cour souligne combien les stéréotypes de genre auraient des effets néfastes à l'égard des deux sexes, dans la mesure où « ils enfermeraient les femmes au foyer et en excluraient les hommes » (§ 120). Quant à la mobilisation du principe de non-discrimination, la Grande Chambre – dans la ligne de l'arrêt de chambre<sup>33</sup> – rappelle que si le droit à un congé parental ne peut être tiré du droit au respect de la vie familiale (article 8 CEDH), à partir du moment où un Etat décide de créer un dispositif de congé parental, il doit le faire de manière non-discriminatoire (article 8 combiné à l'article 14 CEDH) (§ 130). Ensuite, la Cour ne cache pas son scepticisme à l'égard de la thèse du gouvernement russe sur l'existence d'un lien biologique et psychologique particulier entre la mère et le nouveau-né après la naissance. Sans entrer frontalement dans cet épineux débat, elle précise que « pour ce qui est des soins à apporter à l'enfant pendant la période correspondant au congé parental, les hommes et les femmes sont placés dans des « situations analogues » (§ 132). Etant donné le caractère particulièrement suspect des discriminations fondées sur le sexe (§ 127)<sup>34</sup>, la Cour procède à un examen circonstancié – nullement réduit à minima par le fait que le cas d'espèce concernait l'armée – du caractère justifié de la différence de traitement. Pour la Cour, celle-ci réunit deux facteurs de discrimination : le genre et le statut militaire. Il s'agit d'une amorce timide de la prise en compte de la discrimination « croisée » – une discrimination fondée sur plusieurs motifs qui interagissent les uns avec les autres – mise en évidence par la tierce-intervention (§ 122). Quant à l'argument « relatif au rôle social particulier que joueraient les femmes dans l'éducation des enfants » (§ 139), la Cour, pour justifier son revirement par rapport à l'arrêt *Petrovic c. Autriche*<sup>35</sup>, s'appuie sur l'évolution des sociétés européennes contemporaines « vers un partage plus égalitaire entre les hommes et les femmes des responsabilités en matière d'éducation des enfants » (§ 140). Qui plus est, la Cour exclut la prise en compte de traditions, telle que la répartition traditionnelle des rôles entre les sexes dans une société donnée ou de stéréotypes liés au sexe – « telle l'idée que ce sont plutôt les femmes qui s'occupent des enfants et les hommes qui travaillent pour gagner de l'argent ». Ces derniers ne peuvent constituer une justification suffisante pour une différence de traitement, « pas plus que ne le peuvent des stéréotypes du même ordre fondés sur la race, l'origine, la couleur ou l'orientation sexuelle » (§ 143). L'argument lié à la puissance de combat et l'efficacité des forces armées est également rejeté car il n'est nullement étayé par des statistiques ou des exemples concrets (§ 144) et qu'il ne peut

---

<sup>32</sup> C.E.D.H. (GC), arrêt *Konstantin Markin c. Russie* du 22 mars 2012 (req. n° 30078/06). Voy. également C.E.D.H. (3<sup>ième</sup> sect.), arrêt *Hulea c. Roumanie* du 2 octobre 2012 (req. n° 33411/05). Plus largement sur la prise en compte des stéréotypes dans la jurisprudence de la Cour EDH, voy. A. Timmer, « Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Review*, 11: 4 (2011), pp. 707-738.

<sup>33</sup> Arrêt du 7 octobre 2010 (req. n° 30078/06).

<sup>34</sup> Voy. aussi, en ce sens, C.E.D.H., déc. (irrec.) *Staatkundige Gereformeerde Partij c. Pays-Bas* du 10 juillet 2012 (req. n° 58369/10), §§ 72-73.

<sup>35</sup> C.E.D.H., arrêt *Petrovic c. Autriche* du 27 mars 1998 (req. n° 20458/92), § 42. A cette époque, « la très grande disparité dans les systèmes juridiques des Etats contractants » en matière d'allocations pour congé parental avait été mise en exergue pour ne pas sanctionner la législation autrichienne réservant une telle allocation aux seules mères.

en aucun cas justifier des dispositions rigides qui excluent automatiquement tous les militaires de sexe masculin du congé parental « indépendamment de leur position dans l'armée, de la disponibilité d'un remplaçant ou de leur situation personnelle » (§ 148).

## **B. - Conséquences de l'absence de droit au mariage pour les couples de même sexe**

A l'occasion de l'affaire *Schalck et Kopf c. Autriche* tranchée en 2010<sup>36</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée pour la première fois sur la question de savoir si un droit au mariage pour les personnes de même sexe pouvait être tiré de la Convention. La réponse fut négative au vu des profondes connotations sociales et culturelles du mariage et de l'absence de consensus européen en la matière (§§ 54-63). La Cour avait également fait montre de prudence sous l'angle du principe de non-discrimination. Certes un consensus européen sur la reconnaissance juridique des couples homosexuels était en formation, mais l'évolution n'était pas acquise et l'Autriche était restée dans le cadre de la marge nationale d'appréciation pour n'avoir introduit qu'en 2010 un régime de partenariat pour les couples de même sexe (§§ 106-110).

Le caractère particulièrement sensible de cette question, qui se manifeste à l'envi en France ces derniers mois, explique très certainement le manque d'audace de la Cour. Elle s'est contentée de ne pas fermer la porte à un renversement de sa jurisprudence, lequel ne s'est toujours pas produit. En 2012, une ample marge nationale d'appréciation continue d'être consacrée en la matière avec des conséquences parfois surprenantes sur d'autres aspects de la vie privée ou familiale des personnes homosexuelles (*Gas et Dubois c. France*)<sup>37</sup> et même des personnes ayant procédé à un changement de sexe (*H. c. Finlande*)<sup>38</sup>.

L'affaire *Gas et Dubois* a trait au refus d'adoption simple opposé à Madame Gas, pacsée avec Mme Dubois, cette dernière ayant eu une fille par procréation médicalement assistée avec donneur anonyme. Ce refus était fondé sur le fait que cette adoption enlèverait toute autorité parentale à la mère biologique, Mme Dubois. En droit français, ce transfert automatique de l'autorité parentale n'est évité que dans l'hypothèse où l'adoptant est le conjoint du parent (article 365 du code civil). Mmes Gas et Dubois plaidaient être victimes d'une discrimination indirectement fondée sur leur orientation sexuelle vis-à-vis des couples hétérosexuels mariés mais également vis-à-vis des couples hétérosexuels non mariés car ces derniers avaient la possibilité d'opter pour le mariage et ainsi bénéficier de l'exception prévue à l'article 365 du Code civil. Le caractère suspect des différences de traitement fondées sur l'orientation sexuelle qui doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves (§ 59), n'empêche pas la Cour de rappeler, à l'instar de sa position dans l'affaire *Schalck et Kopf*, que les Etats jouissent d'une marge d'appréciation habituellement ample « lorsqu'il s'agit de prendre des mesures d'ordre général en matière économique et sociale » (§ 60). Aucune obligation ne pèse donc sur les Etats membres d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe. Le

---

<sup>36</sup> C.E.D.H. (1<sup>re</sup> sect.), arrêt *Schalck et Kopf* du 24 juin 2010, (req. n° 30141/04) (définitif depuis le 22 novembre 2010).

<sup>37</sup> C.E.D.H. (ancienne 5<sup>ième</sup> sect.), arrêt *Gas et Dubois c. France* du 15 mars 2012 (req. n° 25951/07) (définitif depuis le 15 juin 2012).

<sup>38</sup> C.E.D.H. (4<sup>ième</sup> sect.), arrêt *H. c. Finlande* du 13 novembre 2012 (req. n° 37359/09).

statut particulier dont jouit le mariage dans la société française conduit la Cour à déduire, de manière lapidaire, que les requérantes – homosexuelles pacsées – ne se trouvent pas dans une situation comparable à celle des couples mariés quand l'adoption par le second parent est en jeu (§§ 65-68)<sup>39</sup>. Pour la différence de traitement existant entre les requérantes et un couple hétérosexuel non marié mais pacsé, il n'y a ni discrimination directe (dans les deux cas, l'adoption simple est refusée), ni discrimination indirecte (aucune obligation conventionnelle ne pèse sur la France d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels) (§§ 69-71) aux yeux de la Cour. L'accent mis par la Cour sur la marge nationale d'appréciation pour définir les conditions du mariage lui a fait négliger un aspect central de cette affaire : l'intérêt de l'enfant. L'opinion du juge Villiger est éclairante sur ce point. Partant de la conviction que l'autorité parentale partagée correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant, il estime que le fait que le mariage jouisse d'un statut particulier dans une société donnée ne constitue nullement une justification suffisante à la différence de traitement entre enfants nés d'un couple homosexuel et enfants nés d'un couple hétérosexuel, ces derniers étant, à son avis, victimes d'une discrimination dans leur droit à jouir d'une autorité parentale partagée (article 14 combiné à l'article 8 CEDH).

Marge d'appréciation et absence d'obligation de garantir l'accès au mariage aux personnes de même sexe constituent encore les pièces maîtresse du raisonnement de la Cour dans une affaire concernant le refus par les autorités finlandaises de transcrire un changement de sexe dans le registre d'état civil<sup>40</sup>. Le mariage homosexuel n'étant pas reconnu en droit finlandais, la requérante (un homme devenu femme et marié à une femme avant ce changement de sexe), pour obtenir la transcription de son changement de sexe, se voyait contrainte d'obtenir l'accord de sa conjointe pour transformer leur mariage en partenariat enregistré ou, à défaut, de divorcer alors que leur union de vie n'était pas modifiée. Le recours portait sur une violation du droit au respect de la vie privée et sur une discrimination vis-à-vis des personnes transsexuelles non mariées qui pouvaient obtenir une transcription de leur nouvelle identité sexuelle. Sur le plan des principes, la quatrième section de la Cour s'inscrit en retrait de sa jurisprudence *Schalck et Kopf*. Alors que dans cet arrêt de 2010, la première section de la Cour avait considéré, en se fondant notamment sur l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE que « le droit au mariage inclus à l'article 12 de la CEDH ne devait pas être limité en toutes circonstances au mariage entre deux personnes de sexe opposé » (§ 61), la quatrième section considère ici que l'article 12 de la Convention renvoie au concept traditionnel de mariage entre un homme et une femme (§ 38). Faisant preuve d'une déférence particulière à l'égard de l'intérêt à maintenir intacte l'institution traditionnelle

---

<sup>39</sup> L'on comparera utilement ce raisonnement quelque peu tautologique de la Cour des droits de l'homme sur la non comparabilité de la situation de personnes pacsées par rapport à celle de personnes mariées à celle adoptée par la Cour de justice dans les affaires *Maruko* (C.J. (GC), 1<sup>er</sup> avril 2008, C-267/06) et *Römer* (C.J. (GC), 10 mai 2011, C-147/08). Tout en laissant au juge national le soin de trancher *in fine*, la Cour de justice a laissé entendre que le partenariat enregistré existant en Allemagne au bénéfice des personnes de même sexe était comparable au mariage, à tout le moins en ce qui concernait les pensions de survie (élément de la rémunération) et a conclu à l'existence d'une discrimination directement fondée sur l'orientation sexuelle. Certes cette comparabilité était avalisée pour des éléments patrimoniaux liés à la rémunération et ne conduisait nullement la Cour de justice à s'aventurer sur le terrain délicat de l'adoption ou de la procréation médicalement assistée.

<sup>40</sup> C.E.D.H. (4<sup>ième</sup> sect.), arrêt *H. c. Finlande* du 13 novembre 2012 (req. n° 37359/09).

du mariage, la Cour élève, par un pirouette juridique très discutable, cet intérêt au rang d'un « droit » devant être mis en balance avec le droit au respect de la vie privée de la requérante (§ 48). La Cour semble également placer la charge de la preuve exclusivement sur la requérante puisqu'elle conclut à l'absence de violation de l'article 8 de la Convention, au motif qu'une atteinte disproportionnée à ce dernier droit n'a pas été prouvée (§ 52), sans exiger que l'Etat ne démontre que cette mesure était adéquate, nécessaire et proportionnée au but poursuivi. Le volet relatif au principe de non-discrimination est traité de manière formelle : pour la Cour, en admettant que la requérante soit dans la même situation que d'autres personnes en droit d'obtenir la modification de leur registre d'état civil à la suite d'un changement de sexe (personnes transgenres non mariées ou ayant conclu un partenariat civil), l'article 8 lu en combinaison avec l'article 14 de la Convention ne peut être interprété comme imposant aux Etats d'accorder le changement réclamé puisque l'accès au mariage n'est pas garanti aux personnes de même sexe (§ 66).

Dans ces deux affaires, la rigueur du raisonnement en matière de non-discrimination et le caractère suspect des différences de traitement fondées sur l'orientation sexuelle semblent dilués dans la marge d'appréciation particulièrement ample reconnue aux Etats, au nom de l'absence de consensus européen sur l'ouverture du mariage aux couples de même sexe.

### **C. - Liberté d'expression, liberté de manifestation et discriminations fondées sur l'orientation sexuelle**

L'absence de consensus transparaît également des affaires relatives à la liberté d'expression ou de manifestation qui, selon les contextes nationaux, est réprimée quand elle défend l'homosexualité (au Comité des droits de l'homme : *Irina Fedotova c. Fédération de Russie*<sup>41</sup>, devant la Cour européenne : *Genderdoc-M c. Moldavie*<sup>42</sup>) ou quand elle la fustige avec des relents homophobes (devant la Cour européenne : *Vejdeland c. Suède*<sup>43</sup>).

La première affaire, *Fedotova contre Russie*, a été déférée au Comité des droits de l'homme avec succès. L'auteur de la réclamation, militante pour la cause homosexuelle, avait brandi des affiches contenant un message de tolérance pour l'homosexualité près d'une école secondaire et s'était vu infliger une amende administrative pour propagande homosexuelle auprès des mineurs, acte contraire à la loi régionale applicable. Le Comité des droits de l'homme avait été saisi sur la base d'une violation de la liberté d'expression (article 19 du Pacte international sur les droits civils et politiques – ci-après PIDCP), combinée à l'interdiction de discrimination (article 26 PIDCP). L'Etat défendeur invoquait, à l'appui de la réglementation régionale litigieuse, la protection de la moralité, de la santé et des intérêts légitimes des mineurs en général. Le Comité note que la loi régionale ne sanctionne nullement d'autres types de propagande comme celle de

---

<sup>41</sup> Comité D.H., *Irina Fedotova c. Fédération de Russie*, communication n°1932/2010, déc. du 31 octobre 2012, (CCPR/C.106/D/1932/2010).

<sup>42</sup> C.E.D.H. (3<sup>ième</sup> sect.), arrêt *Genderdoc-M c. Moldavie* du 12 juin 2012 (req. n°9106/06) (définitif depuis le 24 septembre 2012).

<sup>43</sup> C.E.D.H. (5<sup>ième</sup> sect.), arrêt *Vejdeland c. Suède* du 9 février 2012 (req. n° 1813/07) (définitif depuis le 9 mai 2012).

l'hétérosexualité ou de la sexualité en général et ne justifie cette différence de traitement par aucun critère objectif et raisonnable (§ 10.6). Qui plus est, en exposant des posters déclarant que « l'homosexualité est normale » ou « Je suis fière d'être homosexuelle », le Comité juge que l'auteur ne s'est nullement engagée dans une action publique destinée à encourager les mineurs à s'impliquer dans des activités sexuelles quelles qu'elles soient ou à défendre une orientation sexuelle particulière (§ 10.7). Le Comité conclut à la violation par la Russie de l'article 19, § 2, lu en conjonction avec l'article 26 du PIDCP. En exécution de cette décision, la Russie est tenue de réparer la violation à l'égard de la requérante mais également de prévenir de semblables violations dans le futur en modifiant la législation litigieuse (§ 12). A cet égard, le projet de loi fédérale n° 44554-6, visant à modifier le code des infractions administratives en vue de sanctionner la « promotion de l'homosexualité auprès des mineurs », en discussion devant le parlement fédéral russe (la Douma), est en totale contradiction avec les constatations du Comité des droits de l'homme, ce que les opposants au projet, parmi lesquels le Parlement européen, ne manquent pas de relever.

Dans l'affaire *Genderdoc c. Moldavie*, la Cour européenne des droits de l'homme aboutit également à un constat de violation mais cette fois de la liberté de manifestation (article 11 CEDH), combinée à l'interdiction des discriminations (article 14 CEDH). L'association requérante, qui avait pour objet de fournir des informations et d'assister les membres de la communauté LGBT<sup>44</sup>, s'était vu refuser le droit d'organiser une manifestation destinée à soutenir l'adoption d'une loi protectrice des minorités sexuelles contre la discrimination. La Cour rejette la défense du gouvernement moldave qui considérait qu'il n'y avait pas de discrimination mais bien un problème systémique en Moldavie relatif au droit de réunion et de manifestation pendant la période en cause. En effet, la Cour note l'hostilité des autorités nationales à l'égard des manifestations qu'elles voient comme une promotion de l'homosexualité et auxquelles une large majorité des citoyens moldaves seraient opposés. La liberté de manifestation reconnue aux associations ne peut s'exercer à plusieurs vitesses sans qu'une justification objective et raisonnable ne soutienne cette différence de traitement<sup>45</sup>.

Dans l'arrêt *Vejdeland c. Suède*, c'est inversement la pénalisation de discours homophobes par le droit suédois qui était critiquée comme atteinte à la liberté d'expression (article 10 CEDH). Suivant la tierce-intervention d'Interights et de la Commission internationale des juristes, il s'agissait d'une opportunité pour la Cour de Strasbourg de consolider son approche du discours de haine - traditionnellement développée en matière de racisme et de xénophobie - en l'étendant à celui dirigé contre une personne ou un groupe de personnes en raison de leur orientation sexuelle (§ 42). Les requérants avaient été condamnés pénalement pour avoir distribué, dans une école secondaire, des tracts présentant l'homosexualité comme une « propension à la déviance sexuelle », ayant un « effet moralement destructeur sur les fondements de la société » et comme étant à l'origine de la propagation du VIH et du sida (§ 8). Dans son raisonnement, contrairement à une partie de sa jurisprudence en matière de discours de

---

<sup>44</sup> Lesbiennes, gays, bisexuels et transgenres.

<sup>45</sup> Cet arrêt est à rapprocher de l'arrêt rendu dans l'affaire *Alekseyev c. Russie* relativement à l'interdiction des manifestations dites *gays pride* à Moscou (C.E.D.H., (1<sup>re</sup> sect.), arrêt *Alekseyev c. Russie* du 21 octobre 2010, (req. n° 4916/07, 25924/08 et 14599/09) (définitif depuis le 11 avril 2011).

haine<sup>46</sup>, la Cour ne se positionne pas sur le terrain de l'abus de droit (article 17 CEDH)<sup>47</sup> mais en distille l'esprit quand elle examine si la restriction à la liberté d'expression était nécessaire dans une société démocratique (article 10, § 2 CEDH). La Cour admet que la distribution des tracts litigieux pouvait poursuivre le but légitime d'ouvrir un débat sur le manque d'objectivité de l'éducation dans les écoles suédoises, mais considère surtout que l'analyse du *contenu* des tracts est essentielle. En rappelant sa jurisprudence *Féret*<sup>48</sup>, elle souligne que « l'incitation à la haine ne requiert pas nécessairement l'appel à tel ou tel acte de violence ni à un autre acte délictueux. Les atteintes aux personnes commises en injuriant, en ridiculisant ou en diffamant certains groupes de la population suffisent pour que les autorités privilégient la lutte contre le discours raciste face à une liberté d'expression exercée de manière irresponsable » (§ 54). Dans cette logique, le contenu de certains propos, indépendamment de leurs effets potentiels escomptés, pourrait suffire à justifier une restriction à la liberté d'expression. D'autres éléments ont été mis en évidence par la Cour, à savoir le fait que les tracts aient été distribués dans une école à un âge où les jeunes sont influençables et sensibles (§ 56), l'absence de sévérité des peines encourues (§ 58) ou encore le fait que, pour la Cour suprême suédoise, le contenu des tracts était inutilement offensant à l'encontre de la communauté homosexuelle (§ 57). Si les sept juges de la cinquième section de Cour européenne ont rejeté la requête, les cinq opinions concordantes jointes à l'arrêt témoignent que, sous cette unanimité, la partie immergée de l'iceberg est conséquente. Le juge Zupancic ne manque pas de rappeler qu'il s'agit d'un « débat culturellement prédéterminé » comme l'illustre la différence d'approche entre la Cour européenne dans son arrêt *Vejdeland* de 2012 et la Cour suprême des Etats-Unis dans son arrêt *Snyder* de 2011<sup>49</sup>. Les mises au point exprimées dans les opinions concordantes ne peuvent que faire regretter d'avantage que la Cour laisse ouverte la question de savoir si, indépendamment des circonstances du cas d'espèce (espace scolaire, public captif, etc.), le discours homophobe est soustrait à la protection conventionnelle de la liberté d'expression. Cette tendance jurisprudentielle sur la « liberté d'expression irresponsable »<sup>50</sup> qui cautionne des restrictions importantes à cette liberté « lorsque sont en cause des discours jugés 'offensifs' ou contraires aux valeurs conventionnelles » - discours de nature raciste et discriminatoire ou propos négationnistes - ne fait pas l'unanimité au nom des dérives auxquelles elle pourrait conduire<sup>51</sup>. L'on imagine que la Cour pourrait être ébranlée si elle avait à sa prononcer non plus sur l'autorisation des Etats de réprimer le discours homophobe mais sur l'éventuelle obligation positive de réprimer certains discours de haine<sup>52</sup>.

### III. HANDICAP ET ÉTAT DE SANTÉ

<sup>46</sup> A. Weber, *Manuel sur le discours de haine*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2009, pp. 21-27.

<sup>47</sup> Pour un raisonnement aboutissant à la même conclusion mais en se basant sur l'abus de droit, voy. l'opinion concordante des juges Yudkivska et Villiger.

<sup>48</sup> C.E.D.H. (2<sup>ème</sup> sect.), arrêt *Féret c. Belgique* du 16 juillet 2009 (req. n° 15615/07) (définitif depuis le 10 décembre 2009), § 73.

<sup>49</sup> *Snyder v. Phelps et al.* 562 U.S. (2011) où la Cour suprême a considéré qu'une manifestation homophobe tenue à proximité des funérailles d'un soldat homosexuel mort en Irak est protégée par la liberté d'expression garantie par le premier amendement de la Constitution américaine.

<sup>50</sup> N. Hervieux, « Pénalisation des discours homophobes et expansionnisme jurisprudentiel de la notion de 'liberté d'expression irresponsable' », in *Lettre "Actualités Droits-libertés" du CREDOF*, 10 février 2012.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> Voy. l'enjeu sous-jacent à l'affaire *Aksu c. Turquie* commentée ci-après : C.E.D.H (GC), arrêt *Aksu c. Turquie* du 15 mars 2012 (req. n° 4149/04 et 41029/04).

L'affaire *H.M. c. Suède*<sup>53</sup> offre l'opportunité au Comité onusien des droits des personnes handicapées de délivrer ses premières constatations au fond qui inscrivent résolument la Convention relative aux droits des personnes handicapées dans la défense d'une égalité substantielle. Le Comité relève, en effet, « que l'application impartiale d'une loi peut avoir un effet discriminatoire si la situation particulière des personnes auxquelles elle s'applique n'est pas prise en considération » (§ 8.3). Madame H.M. est atteinte d'une grave affection chronique des tissus conjonctifs (syndrome d'Ehlers-Danlos) qui la réduit à l'impotence et à une fragilité telle qu'elle ne peut être transportée par des ambulanciers au centre de réadaptation lui permettant de suivre le seul traitement susceptible d'arrêter la progression de la maladie et d'améliorer sa qualité de vie, à savoir une hydrothérapie. Aussi a-t-elle sollicité un permis de construire une extension de sa maison sur le terrain dont elle est propriétaire pour y installer les équipements appropriés. Sa demande a été rejetée par les autorités suédoises au motif que la majeure partie de l'extension était prévue sur un terrain classé non-constructible en vertu de la législation applicable. Pour l'Etat suédois, il s'agit d'une position de principe conforme au principe d'égalité en ce sens que la loi sur la planification et la construction « est appliquée à toutes les personnes de la même façon, qu'elles souffrent ou non d'un handicap » (§ 4.12). A cette position ancrée dans une conception formelle de l'égalité devant la loi, le Comité rappelle l'autre facette du principe, à savoir qu'une discrimination dans l'exercice des droits garantis par la Convention des personnes handicapées peut résulter d'un traitement identique de personnes se trouvant dans des situations sensiblement différentes et ce, sans justification objective et raisonnable<sup>54</sup>. Les discriminations interdites comprennent également les discriminations indirectes ainsi que le refus d'aménagement raisonnable défini comme « les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou indue apportés, 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 » (art. 2, § 4 de la Convention). Au nom du principe d'égalité et de non-discrimination, du droit à la santé, du droit à l'autonomie de vie à domicile et du droit à l'aide à la réadaptation, le Comité recommande *in casu* le réexamen de la demande de permis de construire pour une piscine d'hydrothérapie (§ 9).

La logique de l'aménagement raisonnable<sup>55</sup> ressort également, bien que plus discrètement, de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme rendu dans l'affaire *B. c. Royaume-Uni*<sup>56</sup>. Atteinte de graves troubles cognitifs, Madame B. n'a pas signalé aux autorités britanniques le placement de ses trois enfants, un événement de nature à diminuer le montant des allocations sociales dont elle bénéficie. Or, la

---

<sup>53</sup> Comité des droits des personnes handicapées, constatations du 19 avril 2012, RPD/C/7/D/3/2011.

<sup>54</sup> Comp. avec C.E.D.H. (GC), arrêt *Chapman c. Royaume-Uni* du 18 janvier 2001 (req. n° 27238/95) où la Cour, tout en rappelant la deuxième facette de l'égalité, juge que l'application uniforme de prescriptions urbanistiques de protection du paysage n'est pas discriminatoire, même si la situation particulière des Roms n'est pas prise en compte.

<sup>55</sup> Voy. aussi, dans cette chronique, concernant les discriminations religieuses, C.E.D.H. (2<sup>ième</sup> sect.), arrêt *Sessa c. Italie* du 3 avril 2012 (req. n° 28790/08) (définitif depuis le 24 septembre 2012).

<sup>56</sup> C.E.D.H. (2<sup>ième</sup> sect.), arrêt *B. c. Royaume-Uni* du 14 février 2012 (req. n° 36571/06) (définitif depuis le 14 mai 2012).

législation sur la sécurité sociale impose aux allocataires sociaux d'informer le Secrétaire d'Etat de tout événement, dont il a la connaissance matérielle, susceptible de modifier l'attribution de telles allocations. Après avoir admis que les faits du litige tombent « sous l'empire » du droit au respect des biens et que la condition de combiner l'article 14 de la Convention à une autre disposition conventionnelle (art. 1 du Protocole 1) est, par conséquent, remplie, la Cour rappelle qu'une large marge nationale d'appréciation est généralement reconnue quand des mesures économiques ou des questions de stratégie sociale sont en jeu. Sur le plan des principes, la Cour européenne ne suit pas le raisonnement des juridictions britanniques pour qui la différence de traitement pertinente se nouait entre les allocataires sociaux incapables d'informer les autorités d'un fait de nature à diminuer leurs indemnités en raison de leur ignorance de ce fait (donnée matérielle) et les allocataires sociaux incapable de satisfaire à leur devoir d'information en raison de leur *incapacité* à comprendre ce qui est attendu d'eux (donnée subjective). Pour la Cour européenne, la question pertinente s'articule autour de la différence de traitement entre les personnes qui n'ont pas la capacité de comprendre leur obligation d'information et celles qui l'ont. Elle considère que la situation de ces deux groupes est suffisamment différente pour exiger des autorités nationales de justifier leur traitement identique. Un test que l'Etat défendeur passe haut la main. D'une part, au rang de l'objectif légitime, la Cour épingle la bonne gestion du système d'aide sociale et la difficulté de faire reposer la récupération des allocations indûment versées sur les niveaux de capacité mentale de ses bénéficiaires. D'autre part, pour l'examen de la proportionnalité, la Cour est sensible aux différentes mesures prises par les autorités britanniques pour éviter de faire peser une charge excessive sur la requérante : pas de paiement des intérêts sur les sommes indûment perçues, limite fixée par la loi sur les montants grevant le versement mensuel des allocations pour assurer le remboursement, possibilité pour la requérante de solliciter des autorités qu'elles renoncent à leur droit de récupérer l'indu en raison d'une atteinte significative à sa santé ou à son bien-être. Si cet arrêt s'inscrit dans la ligne de l'arrêt *Thlimmenos* qui consacra l'autre facette du principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour<sup>57</sup>, il est surprenant que la notion de handicap mental ou de déficience intellectuelle ne soit pas mobilisée par la Cour qui ne fait aucune référence à la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées. A la différence de l'arrêt *Glor* concernant une personne atteinte d'un diabète, où la Cour avait relevé l'existence d'un « consensus européen et universel sur la nécessité de mettre les personnes souffrant d'un handicap à l'abri de traitements discriminatoires »<sup>58</sup>.

#### IV. NATIONALITÉ ET LIEU DE RÉSIDENCE

Le contentieux relatif aux différences de traitement fondées sur la nationalité ou sur le lieu de résidence a été uniquement traité par les juridictions européennes au cours de l'année écoulée.

La Cour européenne de Strasbourg affirme de longue date le caractère suspect des différences de traitement exclusivement fondées sur la nationalité, seules des

---

<sup>57</sup> Voy. C.E.D.H. (GC), arrêt *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000 (req. n° 34369/97).

<sup>58</sup> C.E.D.H. (1<sup>re</sup> sect.), arrêt *Glor c. Suisse* du 30 avril 2009 (req. n° 13444/04) (définitif depuis le 6 novembre 2009), § 53. Notez que l'arrêt *Glor* n'est pas mentionné par la Cour.

considérations très fortes pouvant les justifier<sup>59</sup>. C'est ce qui est une nouvelle fois illustré par la condamnation retentissante intervenue à l'occasion de l'arrêt *Kuric c. Slovénie*<sup>60</sup>, dans le contentieux des 'effacés' yougoslaves, commenté ci-après. Les différences de traitement fondées sur le lieu de résidence ou le statut migratoire bénéficient également de la protection de l'article 14 de la Convention, la Cour considérant qu'il s'agit bien de caractéristiques personnelles, indépendamment du fait qu'elles ne soient pas innées ou inhérentes à la personne<sup>61</sup>. Pour autant ces différences de traitement ne bénéficient pas du même degré de protection car elles ne figurent pas au rang des « motifs suspects » dans la jurisprudence de la Cour<sup>62</sup>. L'on relèvera toutefois la condamnation intervenue dans l'affaire *Vučković c. Serbie* où la Cour a jugé arbitraire et discriminatoire un système de paiement de réservistes démobilisés qui favorisait ceux résidant dans des municipalités réputées « sous-développées » au plan socio-économique, sans qu'une vérification complémentaire de l'indigence des bénéficiaires ne soit effectuée<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> E. Bribosia, « Les politiques d'intégration à l'épreuve du principe de non-discrimination », in Yves Pascouau et Tineke Strik (Eds.), *Which Integration Policies for Migrants. Interaction between the EU and its Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, pp. 51-81. Pour une illustration du caractère suspect d'une différence de traitement fondée exclusivement sur la nationalité jugée discriminatoire par la Cour européenne, à défaut de considérations très fortes avancées par le gouvernement pour la justifier, voy. C.E.D.H. (5<sup>ème</sup> sect.), arrêt *Rangelov c. Allemagne* du 22 mars 2012, (req. n° 5123/07) (définitif depuis le 22 juin 2012). Les autorités nationales avaient refusé le bénéfice d'une thérapie sociale à un détenu étranger au motif que celui-ci avait fait l'objet d'un arrêté d'expulsion. Une telle thérapie était déterminante afin que le détenu puisse bénéficier de la suspension de la détention provisoire sur probation. La Cour note qu'aucune alternative n'a été proposée au détenu étranger et conclut à la violation de l'article 14 combiné à l'article 5 de la Convention.

<sup>60</sup> C.E.D.H. (GC), arrêt *Kuric e.a c. Slovénie* du 26 juin 2012 (req. n° 26828/06).

<sup>61</sup> C.E.D.H. (4<sup>ème</sup> sect.), arrêt *Bah c. Royaume-Uni* du 27 septembre 2011 (req. n° 56328/07) (définitif depuis le 27 décembre 2011), § 45. Pour un cas dans lequel la Cour a écarté l'allégation de discrimination au motif qu'il n'y avait pas de différence de traitement fondée sur une caractéristique personnelle, voy. C.E.D.H. (2<sup>ème</sup> sect.), arrêt *Raviv c. Autriche* du 13 mars 2012, (req. n° 26266/05) (définitif depuis le 13 juin 2012). Dans cette affaire, une loi autrichienne en matière de sécurité sociale instaurait un régime spécifique au bénéfice des personnes victimes de la persécution nazie leur permettant de comptabiliser, pour le calcul de leur pension, certaines périodes pendant lesquelles elles avaient dû migrer à cause de cette persécution. La requérante qui bénéficiait de ce régime spécial pour avoir vécu en Israël se plaignait d'une discrimination fondée sur le lieu de résidence à un double titre. D'abord en droit commun, les périodes consacrées à l'éducation des enfants pouvaient être comptabilisées par les personnes ayant travaillé en Autriche, ce qu'elle ne pouvait pas faire ayant vécu en Israël. La Cour écarte ce grief moyennant un raisonnement quelque peu tautologique considérant que la requérante, bénéficiant d'un régime d'exception, n'était pas dans une situation comparable à celle des personnes auxquelles s'appliquait le droit commun. Ensuite, parmi les périodes effectuées à l'étranger, celles consacrées à l'éducation des enfants ne pouvaient être comptabilisées contrairement à celles dédiées à l'éducation supérieure. Cet argument est rejeté car, selon la Cour, la loi applique différentes conditions pour valoriser différents types de périodes de substitution au sein d'un même groupe de personnes, ce qui n'équivaut nullement à une discrimination fondée sur une caractéristique personnelle.

<sup>62</sup> C.E.D.H. (5<sup>ème</sup> sect.), arrêt *Granos Organicos Nacionales S.A c. Allemagne* du 22 mars 2012 (req. n° 19508/07) (définitif depuis le 24 septembre 2012). La Cour y juge qu'au vu de l'absence de consensus entre les Etats, la limitation du droit à l'aide juridictionnelle aux seules personnes morales créées ou établies sur le territoire national allemand, dans un litige de droit privé, n'est pas discriminatoire en ce qu'elle repose sur le principe de réciprocité (absence de violation de l'art. 6 combiné avec l'art. 14). L'on notera qu'en l'espèce la différence de traitement critiquée n'était pas fondée exclusivement sur la « nationalité » mais également sur le lieu d'établissement et que, en outre, il s'agissait de personnes morales. Ces deux facteurs, combinés à l'absence de consensus européen, sont susceptibles d'avoir eu un impact sur le contrôle moins strict exercé par la Cour EDH.

<sup>63</sup> C.E.D.H. (2<sup>ème</sup> sect.), arrêt *Vučković et a. c. Serbie* du 28 août 2012 (req. n° 17153/11)

Pour la Cour de justice, notons d'abord que le contentieux relatif aux différences de traitement fondées sur la nationalité entre citoyens européens ne sera pas examiné systématiquement car il est intimement lié à l'ordre juridique de l'Union et au principe de liberté de circulation qui fait déjà l'objet d'une chronique très fouillée<sup>64</sup>. Nous consacrerons nos commentaires à l'important arrêt *Kamberaj* rendu en Grande Chambre où était en cause une différence de traitement entre citoyens européens et ressortissants de pays tiers en matière d'aide au logement.

### A. - Contentieux des effacés yougoslaves

Le contentieux des « effacés » yougoslave est né au lendemain de la déclaration d'indépendance de la Slovénie. A dater de ce moment, les ressortissants de la République socialiste fédérative de Yougoslavie (RSFY), qui bénéficiaient à ce titre d'un statut privilégié de résidents permanents avant l'indépendance, et qui n'avaient pas demandé la nationalité slovène dans un délai de six mois, ont vu leurs nom effacé du registre des résidents permanents. Environ 25 000 personnes sont ainsi devenues apatrides ou étrangers résidant illégalement en Slovénie avec de graves conséquences administratives et sociales. Si la confirmation par la Grande Chambre unanime de la condamnation de l'Etat slovène dans l'affaire *Kuric et al.*<sup>65</sup> n'a pas surpris les observateurs avertis, l'affaire, qualifiée d'hors du commun par le juge Vucinic, n'en revêt pas moins un grand intérêt, comme en témoignent les importantes critiques émises à l'encontre de ce système par les institutions européennes et internationales (notamment le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance ou le Comité des Nations Unies sur l'élimination des discriminations raciales, §§ 216-228), critiques reprises dans les différentes tierces interventions en faveur des requérants (Haut-Commissariat des Nations-Unies pour les réfugiés, *Open Society Justice Initiative*, etc.). Dans le cadre de cette chronique, l'on relèvera particulièrement la volonté de la Grande Chambre, contrairement à la position de la chambre en 2010, d'examiner l'affaire également sous l'angle de l'article 14 de la Convention, au vu de « l'importance que la question de la discrimination revêt en l'espèce » (§ 383).

Pour la Cour, il y a bien un traitement différent de deux catégories de personnes dans une situation comparable relativement à la question du séjour, à savoir, d'une part, les ressortissants de l'ex RSFY, victimes de cet « effacement » au lendemain de l'indépendance et ne disposant d'aucun moyen juridique d'obtenir un permis de séjour permanent et, de l'autre, les autres étrangers ayant conservé leur permis de séjour en vertu de la loi sur les étrangers (§§ 390-392). Au stade de la justification, la Cour condamne la nécessité invoquée par le gouvernement « de constituer un corps de citoyens slovènes en vue des élections législatives de 1992 ». Il est, en effet, difficile de voir en quoi la différence de traitement instaurée en matière d'octroi de permis de séjour en Slovénie était de nature à réaliser un tel objectif vu que le permis de séjour – même permanent – n'ouvre pas le droit de vote à son titulaire (§ 395). Pour la Cour, la discrimination qui en résulte est confirmée par la position de la Cour constitutionnelle slovène (article 8 combiné à l'article 14 CEDH, § 395) ainsi que par le bouleversement

---

<sup>64</sup> Voy. la chronique annuelle de J.Y. Carlier sur la libre circulation des personnes et la non-discrimination fondée sur la nationalité dans le *Journal de droit européen*.

<sup>65</sup> C.E.D.H. (GC), arrêt *Kuric e.a c. Slovénie* du 26 juin 2012 (req. n° 26828/06).

qui a touché les ressortissants de l'ex RSFY, passant du statut d'étrangers privilégiés au vu de leur appartenance à l'Etat fédéral à celui d'étrangers irréguliers, désavantagés par rapport aux « véritables » étrangers, au lendemain de l'indépendance (§ 394). Comme le souligne Nicolas Hervieux, cette approche volontariste de la Cour, prononçant une condamnation sans appel dans un contentieux hautement symbolique contraste avec la position plus timorée qu'elle a adoptée relativement à la dimension discriminatoire du contentieux sur la stérilisation forcée des jeunes femmes Roms<sup>66</sup>.

## B. - Aide au logement

La Cour de justice fut saisie d'une série de questions préjudicielles dans une affaire *Kamberaj*<sup>67</sup> où un ressortissant albanais, résident de longue durée dans la province autonome de Bolzano, s'était vu refuser le renouvellement d'une aide au logement, en application d'un système qui favorisait les citoyens de l'Union, Italiens ou non, par rapport aux ressortissants de pays tiers. La Cour commence par écarter la majeure partie des questions qui lui étaient adressées au stade de la recevabilité, au motif qu'elles ne seraient pas directement pertinentes pour l'objet du litige. L'applicabilité de la directive 2000/43 n'est ainsi pas examinée car ce texte concerne uniquement les discriminations fondées sur la race et l'origine ethnique, « ne vise pas les différences de traitement fondées sur la nationalité et s'entend sans préjudice (...) de tout traitement lié au statut juridique des ressortissants des pays tiers (...) » (article 3 § 2 de la directive) (§ 49 de l'arrêt). Au fond, la Cour refuse de statuer sur le grief tiré de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme au motif que la référence du traité de l'Union à la Convention européenne (article 6 § 3) n'oblige pas le juge national d'appliquer directement la Convention et d'écarter une disposition nationale qui y serait contraire (§ 63). Ce raisonnement, formellement correct, fait peu de cas de la possibilité explorée de longue date par la Cour d'appliquer la Convention au titre des principes généraux du droit de l'Union. Il est vrai que cela ne s'avérerait pas nécessaire, en l'espèce, puisque la Cour laisse entrevoir, sur d'autres bases juridiques du droit de l'Union, qu'une discrimination fondée sur la nationalité pourrait avoir été commise, tout en laissant au juge national le soin de la constater. Pour ce faire, la Cour se fonde sur une interprétation constructive de la directive 2003/109 sur le statut des ressortissants de pays tiers, résidents de longue durée, combinée à l'article 34 de la Charte des droits fondamentaux. Plus spécifiquement, elle considère que, pour déterminer si l'aide au logement en cause constitue une mesure d'aide sociale ou de protection sociale qui ouvre le droit à l'égalité de traitement entre ressortissants de pays tiers et citoyens européens (en vertu des articles 11, § 1, sous d) et 11 § 4 de la directive 2003/109), le juge national doit non seulement tenir compte de l'objectif d'intégration des ressortissants de pays tiers poursuivi par la directive (§ 81) mais également de l'objectif énoncé à l'article 34 de la Charte consacrant l'aide au logement afin d'assurer une existence digne à tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes (§ 92). Ce faisant, sans utiliser les mêmes outils juridiques et sans s'y référer expressément, la Cour de justice rejoint la position de son homologue strasbourgeoise qui soumet

---

<sup>66</sup> Nicolas Hervieux, "Le contentieux des "effacés" yougoslaves, prisme révélateur du statut juridique des ressortissants d'une fédération dissoute", in *Lettre "Actualités Droits-Libertés" du CREDOF*, 4 juillet 2012. Nous abordons le contentieux de la stérilisation forcée des Roms en Slovaquie *infra*, au point V.A de cette chronique.

<sup>67</sup> C.J. (GC), 24 avril 2012, *Kamberaj*, C-571/10.

habituellement les différences de traitement fondées exclusivement sur la nationalité – un critère « suspect »- à un contrôle particulièrement strict.

## V. RACE ET ORIGINE ETHNIQUE

### A. - Violences à caractère raciste, stérilisation forcée et ségrégation scolaire

De nombreuses instances examinées par les comités onusiens et la Cour européenne des droits de l'homme concernent des personnes d'origine Rom dont l'appartenance à « une minorité vulnérable » qui mérite « une protection spéciale » est soulignée à l'envi. Dans des affaires désormais classiques de violences à caractère raciste, sont rappelés, d'une part, le principe du renversement de la charge de la preuve quand l'information pertinente se trouve entre les mains des autorités et, de l'autre, l'obligation d'enquête effective pour établir le motif abject<sup>68</sup>, laquelle peut être renforcée dans un contexte général de stigmatisation de la communauté Rom<sup>69</sup>. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme réitère que l'étendue du droit à réparation des victimes de tels incidents ne peut dépendre de leur origine ethnique<sup>70</sup>.

Dans deux affaires emblématiques concernant la stérilisation forcée de femmes Roms<sup>71</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme suit sa jurisprudence posée en 2011 dans l'arrêt *V.C.*<sup>72</sup> : tout en condamnant la Slovaquie pour traitements inhumains et

---

<sup>68</sup> Pour des faits de violence policière traités sous l'angle de traitements inhumains et dégradants motivés par des considérations discriminatoires, voy., s'agissant de victimes Roms : C.D.H., *Nikolaos Katsaris c. Grèce*, 18 juillet 2012, communication n° 1558/2007 (CCPR/C.105/D/1558/2007), §§ 10.4 et 10.7; s'agissant de victimes Tchétchènes : C.E.D.H. (1<sup>re</sup> sect.), arrêt *Makhashev c. Russie* du 31 juillet 2012 (req. n° 20546/07) (définitif depuis le 17 décembre 2012), §§ 176-179 ; s'agissant d'une victime d'origine nigériane : C.E.D.H. (3<sup>ième</sup> sect.), arrêt *B.S c. Espagne* du 24 juillet 2012 (req. n° 47159/08) (définitif depuis le 24 octobre 2012), §§ 67-72. Pour des faits de violence commis par des civils sur des victimes réfugiées d'origine irakienne sans enquête effective de la dimension raciale des attaques : voy. Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Dawas et Shava c. Danemark*, 2 avril 2012 communication n° 46/2009 (CERD/C/80/D/46/2009).

<sup>69</sup> Pour des faits de violence commis, à tout le moins en partie, par des civils et traités sous l'angle de traitements inhumains et dégradants ou d'une violation du droit à la vie (dans sa dimension procédurale) motivés par des considérations discriminatoires, voy. C.E.D.H. (5<sup>ième</sup> sect.), arrêt *Fedorchenko et Lozenko c. Ukraine* du 20 septembre 2012 (req. n° 387/03), §§ 60-71 ; C.E.D.H. (4<sup>ième</sup> sect.), arrêt *Yotova c. Bulgarie* du 23 octobre 2012 (req. n° 43606/04) (définitif depuis le 24 septembre 2012), §§ 104-11 distinguée à cet égard de C.E.D.H. (anc. 4<sup>ième</sup> sect.), arrêt *Koky e.a c. Slovaquie* du 12 juin 2012 (req. n° 13624/03) (définitif depuis le 12 septembre 2012), au motif que les indications de la dimension raciste des agissements violents d'un groupe de particuliers émanaient exclusivement des dépositions des victimes. Si dans *Koky*, la Cour avait choisi de traiter l'affaire uniquement sous l'angle de l'article 3 CEDH (dans sa dimension procédurale), elle avait cependant expressément fait référence à la situation délicate des Roms en Slovaquie pour motiver la condamnation de cet Etat (§ 239). Voy. également pour un même raisonnement concernant des mauvais traitements de la police pour motif politique, C.E.D.H. (3<sup>ième</sup> sect.), arrêt *Virabyan c. Arménie* du 2 octobre 2012 (req. n° 40094/05).

<sup>70</sup> C.E.D.H. (3<sup>ième</sup> sect.), arrêt *Lăcătuș et a. c. Roumanie* du 13 novembre 2012 (req. n° 12694/04), § 135, dans la ligne de l'arrêt *Moldovan c. Roumanie* du 12 juillet 2005 (req. n° 41138/98 et 64320/01).

<sup>71</sup> C.E.D.H. (anc. 4<sup>ième</sup> sect.), arrêt *N.B. c. Slovaquie* du 12 juin 2012 (req. n° 29518/10) (définitif depuis le 12 septembre 2012) ; C.E.D.H. (4<sup>ième</sup> sect.), arrêt *I.G., M.K et R.H. c. Slovaquie* du 13 novembre 2012, (req. n° 15966/04).

<sup>72</sup> C.E.D.H. (anc. 4<sup>ième</sup> sect.), arrêt *V.C. c. Slovaquie* du 8 novembre 2011 (req. n° 18968/07).

dégradants (article 3 CEDH) et violation du droit au respect de la vie privée et familiale (article 8 CEDH) en insistant sur l'appartenance des victimes à une « communauté vulnérable », la Cour ne juge pas nécessaire d'examiner le grief tiré du principe de non-discrimination en soulignant l'absence de mauvaise foi avérée des médecins dont le mobile raciste n'est pas établi ainsi que l'absence de preuve suffisamment étayée d'une politique de stérilisation organisée des femmes Roms dans les hôpitaux concernés. L'élément intentionnel est au cœur du raisonnement de la Cour et conduit à élever le standard de preuve des actes discriminatoires. Du reste, la Cour n'envisage aucunement l'hypothèse d'un traitement indirectement discriminatoire et refuse également de suivre les requérantes sur l'existence d'un *prima facie case* de discrimination tiré du climat d'intolérance, établi par de nombreuses sources indépendantes, qui règne à l'égard des Roms en Slovaquie, de l'existence avérée d'une politique générale d'Etat en faveur de la stérilisation des femmes Roms sous le régime communiste qui s'est perpétuée en partie après la chute de ce régime et de déclarations politiques contemporaines sur le contrôle de la fertilité de la communauté Rom<sup>73</sup>. Ces arrêts sont clairement en retrait de la jurisprudence de principe adoptée en Grande Chambre par la Cour européenne en matière de ségrégation scolaire<sup>74</sup>, une jurisprudence encore réaffirmée en 2012<sup>75</sup>.

## B. - Mode de vie des Gens du voyage et accès au logement

Deux décisions du Comité européen des droits sociaux<sup>76</sup> épinglent les politiques de la France et de la Belgique qui ne respectent pas le droit des Gens du voyage (dont certains sont d'origine Rom et dont certains sont partiellement sédentarisés), à vivre dans des caravanes ou des roulottes, suivant leur mode de vie traditionnel, en ne leur donnant accès qu'à un nombre de terrains publics extrêmement réduit, en ne leur accordant pas (ou peu) l'autorisation de placer une caravane sur un terrain privé loué ou acheté, en multipliant les interdictions réglementaires de stationner sur la voie publique et en expulsant des familles installées de manière illicite sur un terrain faute de disposer de lieux autorisés sans solution de relogement, sans préavis et parfois de manière brutale, en hiver ou la nuit<sup>77</sup> (violation du principe de non-discrimination combiné au droit de la famille à une protection sociale économique ou combiné au droit à la protection contre

---

<sup>73</sup> Sur la notion de "smoking gun" pour établir un *prima facie case* de discrimination, voy. notamment C.E.D.H. (4<sup>ème</sup> sect.), arrêt *Baczkowski c. Pologne* du 3 mai 2007 (req. n° 1543/06) (définitif depuis le 24 septembre 2007); C.E.D.H. (5<sup>ème</sup> sect.), arrêt *Ivanova c. Bulgarie* du 12 avril 2007 (req. n° 52435/99) (définitif depuis le 12 juillet 2007); C.E.D.H. (3<sup>ème</sup> sect.), arrêt *Stoica c. Roumanie* du 4 mars 2008 (req. n° 42722/02) (définitif depuis le 4 juin 2008); C.E.D.H. (5<sup>ème</sup> sect.), arrêt *Danilenkov c. Russie* du 30 juillet 2009 (req. n° 67336/01) (définitif depuis le 10 décembre 2009).

<sup>74</sup> C.E.D.H. (GC), arrêt *D.H. c. République Tchèque* du 13 novembre 2007 (req. n° 57325/00) et C.E.D.H. (GC), arrêt *Orsus c. Croatie* du 16 mars 2010 (req. n° 15766/03). Voy. aussi C.E.D.H. (2<sup>ème</sup> sect.), déc. (irrec.) *Tibor Horvvath et Geza Vadaszi c. Hongrie* du 9 novembre 2012 (req. n° 2351/06). Dans le même sens, voy. l'opinion dissidente du juge Mijovic dans l'arrêt *V.C.*.

<sup>75</sup> C.E.D.H. (1<sup>re</sup> sect.), arrêt *Sampani e.a. c. Grèce* du 11 décembre 2012, (req. n° 59608/09) où la Cour constate qu'aucune solution satisfaisante n'a été mise en place par les autorités grecques après l'arrêt *Sampanis c. Grèce* du 5 juin 2008.

<sup>76</sup> C.E.D.S., *Forum européen des Roms et des Gens du Voyage c. France*, R.C 64/2011, déc. du 24 janvier 2012; C.E.D.S., *Fédération internationale des droits de l'homme (FIDH) c. Belgique*, R.C 75/2011, déc. du 21 mars 2012.

<sup>77</sup> Voy. aussi C.E.D.H. (4<sup>ème</sup> sect.), arrêt *Yordanova c. Bulgarie* du 24 avril 2012 (req. n° 25446/06) (définitif depuis le 24 septembre 2012).

la pauvreté et l'exclusion sociale<sup>78</sup>). Sous l'angle du principe d'égalité, le Comité indique que ces réclamations concernent « des discriminations liées à un traitement identique de personnes se trouvant dans des situations différentes car, de par leur mode de vie en caravane, les familles de Gens du voyage ne sont pas dans la même situation que le reste de la population »<sup>79</sup>. Le principe de non-discrimination « pose l'obligation de prendre dûment en considération les différences spécifiques et d'agir en conséquence »<sup>80</sup>. Le Comité répète également que la discrimination systémique « peut être comprise comme un ensemble de règles juridiques, de politiques, de pratiques ou d'attitudes culturelles prédominantes dans le secteur public ou le secteur privé qui créent des désavantages relatifs pour certains groupes, et des privilèges pour d'autres groupes »<sup>81</sup>. Après avoir rappelé que la caravane doit être considérée comme un logement pour éviter un traitement indirectement discriminatoire, le Comité souligne, moyennant un raisonnement tiré de la logique de l'aménagement raisonnable, que « la réglementation sur l'habitabilité (notamment en termes de salubrité et de sécurité) doit être adaptée de façon raisonnable à ces modes d'habitats alternatifs pour ne pas restreindre de façon abusive la possibilité de résider dans de tels habitats »<sup>82</sup>. De manière générale, le Comité estime « que les Gens du voyage, en tant que groupe vulnérable, ne font pas suffisamment l'objet d'une politique globale et coordonnée propre à combattre la pauvreté et l'exclusion sociale qui les affectent en Belgique »<sup>83</sup>. Concernant la politique d'expulsion collective menée contre des Roms d'origine roumaine et bulgare par les autorités françaises, le Comité conclut que les décisions administratives en cause « sont contraires à la Charte en tant qu'elles n'ont pas été fondées sur un examen individuel de chaque situation, n'ont pas respecté le principe de proportionnalité, et ont présenté un caractère discriminatoire dès lors qu'elles ciblaient la communauté rom »<sup>84</sup>. Le droit français est également jugé discriminatoire en ce qu'il soumet les Gens du voyage de nationalité française à un régime dérogatoire au droit commun concernant le droit de vote. Pour le Comité « la différence de traitement dans l'accès au droit de vote faite entre Gens du voyage et personnes sans domicile fixe ne repose pas sur une justification objective et raisonnable »<sup>85</sup>.

### C. - Stéréotypes, droit au respect de la vie privée et liberté d'expression

L'année 2012 donne également l'occasion à la Cour européenne des droits de l'homme d'examiner les limites du discours raciste et de l'usage de stéréotypes dans une perspective inversée à celle du contentieux qui lui est traditionnellement soumis. Dans

---

<sup>78</sup> Article E combiné avec l'article 16 ou avec l'article 30 de la Charte sociale européenne révisée. Notez que dans la décision du 24 janvier 2012, l'article 31 concernant le droit au logement est invoqué (et non l'article 30).

<sup>79</sup> Décision du 21 mars 2012, § 50.

<sup>80</sup> Décision du 21 mars 2012, § 140. Comp. C.E.D.H. (GC), arrêt *Chapman et autres c. Royaume-Uni* du 18 janvier 2001 (req. n° 27238/95) ; C.E.D.H., arrêt *Buckley c. Royaume-Uni* du 25 septembre 1996 (req. n° 20348/92).

<sup>81</sup> Décision du 24 janvier 2012, § 41.

<sup>82</sup> Décision du 21 mars 2012, § 74.

<sup>83</sup> Décision du 21 mars 2012, § 204.

<sup>84</sup> Décision du 24 janvier 2012, § 66.

<sup>85</sup> Décision du 24 janvier 2012, § 72.

l'affaire *Aksu contre Turquie*, traitée en Grande Chambre<sup>86</sup>, la Cour est, en effet, saisie par une personne d'origine Rom arguant d'une violation de son droit au respect de la vie privée (article 8 CEDH), pris isolément et en combinaison avec le principe de non-discrimination (article 14 CEDH), au motif qu'un ouvrage « Les Tsiganes de Turquie », rédigé par un professeur d'Université et publié par le ministère de la Culture, et deux dictionnaires de la langue turque, financés en partie par ce même ministère, comportent des expressions et des définitions offensantes pour son identité. Contrairement à l'affaire *Vejdeland* exposée dans cette chronique au titre des limites de la répression des discours homophobes ou d'autres arrêts célèbres sur le discours de haine<sup>87</sup> examinés sous l'angle de la liberté d'expression (article 10 CEDH), la Cour est amenée à se prononcer sur une obligation positive qui imposerait aux Etats de censurer ou de circonscrire certains discours racistes et discriminatoires. Tout en rappelant sa jurisprudence *Timichev*<sup>88</sup> selon laquelle la discrimination fondée « sur l'origine ethnique d'une personne constitue une forme de discrimination raciale », laquelle est « particulièrement odieuse » et « exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités » (§ 44), la Grande Chambre, contrairement à la position de la Chambre, écarte le prisme de la discrimination de son analyse au motif que le requérant n'a pas « produit d'éléments aptes à valoir un commencement de preuve que les publications litigieuses eussent une intention discriminatoire ou qu'elles aient produit un effet discriminatoire » (§ 45). Cette approche, qui n'est pas uniquement fondée sur l'intention, mais également sur les effets, est de nature à relativiser la jurisprudence de la Cour en matière de stérilisation forcée des femmes Roms en Slovaquie présentée dans cette chronique<sup>89</sup>. Elle reste surprenante à première vue tant le cas d'espèce était imprégné d'une dimension discriminatoire. Encore convient-il de se demander quel était le comparateur à prendre en compte ? L'unique opinion dissidente rédigée par la juge siégeant au titre de l'Arménie, excipe les affaires relatives à un dénigrement de la turcité pour lesquelles les juridictions turques suivraient une approche radicalement différente. Cette solution ne nous convainc guère dans la mesure où elle revient à placer le curseur sur une jurisprudence contestable pour la protection de la liberté d'expression. L'absence d'éléments permettant d'indiquer une incitation à la haine raciale, au sens de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale (article 4) constitue peut-être le critère pertinent pour écarter l'examen de l'article 14 CEDH de ce contentieux. Ceci étant, l'arrêt *Aksu* reste central pour le droit de la non-discrimination dans la mesure où, dans la ligne de l'affaire *Konstantin Markin* également examinée dans cette chronique, il mobilise la notion de stéréotype. Après avoir rappelé que l'identité ethnique d'un individu est un élément de sa vie privée, la Cour considère qu'« à partir d'un certain degré d'enracinement, tout stéréotype négatif concernant un groupe peut

---

<sup>86</sup> C.E.D.H. (GC), arrêt *Aksu c. Turquie* du 15 mars 2012 (req. n° 4149/04 et 41029/04). Dans l'arrêt de chambre du 27 juillet 2010, une courte majorité de 4 juges avait rejeté le recours.

<sup>87</sup> Voy., par exemple, C.E.D.H. (2<sup>ième</sup> sect.), arrêt *Féret c. Belgique* du 16 juillet 2009 (req. n° 15615/07) (définitif depuis le 10 décembre 2009) ; C.E.D.H. (5<sup>ième</sup> sect.), arrêt *Leroy c. France* du 2 août 2008 (req. n° 36109/03) (définitif depuis le 6 avril 2009). Comp. C.E.D.H. (1<sup>re</sup> sect.), arrêt *Gündüz c. Turquie* du 4 décembre 2003 (req. n° 35071/97).

<sup>88</sup> C.E.D.H. (2<sup>ième</sup> sect.), arrêt *Timichev c. Russie* du 13 décembre 2005 (req. n° 55762/00 et 55974/00) (définitif depuis le 13 mars 2006), § 56. Voy aussi C.E.D.H. (GC), arrêt *Sedjic et Finci c. Bosnie-Herzégovine* du 22 décembre 2009 (req. n° 27996/06 et 34836/06).

<sup>89</sup> Dans ce sens, voy. aussi N. Hervieu, "La liberté d'expression aux prises avec la lutte contre les stéréotypes visant les Roms et les Tsiganes", in *Lettre "Actualités Droits-Libertés" du CREDOF*, 21 mars 2012.

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. En cela, il peut être considéré comme touchant à la vie privée des membres du groupe. » (§ 58). L'affaire *Aksu* est également passionnante quand il s'agit de se demander si une personne peut se prévaloir de son appartenance à un groupe, ethnique ici, pour mettre en cause des propos jugés offensants à l'encontre de ce groupe. L'on aperçoit d'emblée les enjeux énormes pour l'étendue de la liberté d'expression, notamment si l'on transpose ce contentieux aux propos jugés offensants pour les membres d'une communauté religieuse. Dans sa mise en balance des droits en présence – « le droit du requérant 'au respect de sa vie privée' et l'intérêt général de la liberté d'expression, sans perdre de vue qu'il n'existe aucun rapport de subordination entre les droits garantis par les deux dispositions » (§ 63) - la Cour européenne donnera plus de poids au second, évitant, à notre avis, d'emprunter la « pente glissante » vers le politiquement correct. Ceci étant, la Cour prendra soin de valoriser les politiques d'incitation à la lutte contre les discriminations ainsi que les mesures destinées à combattre les stéréotypes négatifs à l'égard des Roms, en insistant particulièrement sur le contenu des manuels scolaires (§§ 85-86).

## VI. RELIGION ET CONVICTIONS

Outre deux affaires concernant des traitements discriminatoires dans le droit national et ce, à l'encontre des témoins de Jéhovah, une communauté religieuse qui n'est pas reconnue par la loi en Autriche<sup>90</sup>, et vis-à-vis des pasteurs évangéliques en Espagne dans le calcul de leur pension de retraite<sup>91</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme a statué sur les délicates questions des entreprises de tendance et de l'aménagement raisonnable. Le Comité des droits de l'homme s'est, quant à lui, emparé de la loi française de 2004 prohibant le port de signes religieux ostensibles à l'école.

### A. - Entreprises de tendance

Les limites de l'autonomie d'une organisation religieuse pour protéger les droits de ses employés continuent à alimenter le contentieux porté devant la Cour européenne des droits de l'homme, alors que la Cour de justice n'a pas encore rendu un seul arrêt en matière de discrimination religieuse dans l'emploi. Ainsi, par le jeu des affaires déferées aux juridictions européenne, la portée de l'article 4 § 2 de la directive 2000/78/CE, disposition nouvelle s'il en est, se voit explicitée à Strasbourg (qui s'y réfère expressément), et non à Luxembourg.

Un premier litige concernait le refus, opposé par l'Eglise orthodoxe de Roumanie, au nom de l'autonomie des communautés religieuses, à la création du syndicat *Păstorul cel Bun* (le Bon Pasteur) par un groupe composé d'une majorité de prêtres orthodoxes et de

---

<sup>90</sup> C.E.D.H. (1<sup>re</sup> sect.), arrêt *Jehovahs Zeugen en Autriche c. Autriche* du 25 septembre 2012 (req. n° 27540/05) : violation des articles 9 et 14 CEDH et des articles 14 CEDH et 1 P1. Cette affaire s'inscrit dans la ligne de plusieurs arrêts de la Cour concernant le statut de Témoins de Jéhovah en Autriche auxquels celle-ci se réfère.

<sup>91</sup> C.E.D.H. (3<sup>ième</sup> sect.), arrêt *Manzanas Martin c. Espagne* du 3 avril 2012, (req. n° 17966/10) (définitif depuis le 3 juillet 2012) : violation des articles 14 CEDH et 1 P1 pour le traitement différencié en matière de pensions de retraite entre prêtres catholiques et pasteurs évangéliques.

laïcs, tous employés par cette Eglise<sup>92</sup>. Sous l'angle de la liberté syndicale, un aspect particulier de la liberté d'association (article 11 CEDH), la Cour souligne que « la relation fondée sur un contrat de travail ne saurait être 'cléricalisée' au point d'échapper à toute règle de droit civil » (§ 65). Pour conclure, par cinq voix contre deux, à la violation de l'article 11 CEDH, la Cour relève notamment que « les revendications du syndicat requérant se plaçaient exclusivement sur le terrain de la défense des droits et des intérêts économiques, sociaux et culturels des employés salariés de l'Eglise » (§ 75). Le test de la justification de l'ingérence à la liberté d'association semble ainsi reposer sur la délicate distinction entre la contestation admissible, au nom de la liberté syndicale, de l'organisation employeur et la contestation inadmissible, au nom de la loyauté due à l'organisation religieuse, des dogmes de l'Eglise<sup>93</sup>. Du reste, la Cour « admet qu'au regard de la Convention, un employeur dont l'éthique est fondée sur la religion peut imposer à ses employés des obligations de loyauté spécifiques » (§ 79), mais elle exige, à tout le moins sur le plan procédural, « une mise en balance effective des intérêts en jeu » (§ 80)<sup>94</sup> de manière à ne pas dénaturer « la substance même » de la liberté syndicale (§ 81). Avec Jean Jacqmain, on observera « l'audacieuse construction en droit de l'Union » suggérée par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>95</sup>. En notant « que les réglementations internationales pertinente<sup>96</sup> et, en particulier, le cinquième considérant de la directive 78/2000/CE du Conseil, ne permettent pas qu'il soit porté atteinte à la liberté d'association » (§ 83), la Cour semble omettre le considérant 24 de cette même directive<sup>97</sup> qui explicite la portée de l'exception réservée à l'article 4 § 2 aux entreprises de tendance (églises et organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions), et la fonde notamment sur la Déclaration n° 11 relative au statut des Eglises et des organisations non confessionnelles, annexée à l'acte final du traité d'Amsterdam.

La deuxième affaire qui a retenu notre attention a été portée à la Cour par un prêtre catholique, Mr. Fernandez Martinez, lequel, marié et père d'une famille nombreuse, avait obtenu une dispense de célibat du Vatican, et enseignait un cours de religion et de morale catholiques dans un lycée public depuis plusieurs années sur la base d'un contrat de travail annuel renouvelable<sup>98</sup>. L'appartenance de ce prêtre au « Mouvement pro-célibat optionnel », qui mettait en cause les positions de l'Eglise relatives à l'avortement, au divorce, à la sexualité ou au contrôle de la natalité et son apparition dans les médias en qualité de membre de ce mouvement (mais non de porte-parole)<sup>99</sup> conduisirent

---

<sup>92</sup> C.E.D.H. (3<sup>ième</sup> sect.), arrêt *Sindicatul Păstorul cel Bun c. Roumanie* du 31 janvier 2012 (req. n° 2330/09) (cet arrêt fait l'objet d'un renvoi devant la Grande Chambre, accepté le 9 juillet 2012).

<sup>93</sup> En ce sens, N. Hervieu, "Conflit entre le droit de fonder un syndicat et le principe d'autonomie des communautés religieuses", in *Lettre "Actualités Droits-Libertés" du CREDOF*, 3 février 2012.

<sup>94</sup> Voy. aussi C.E.D.H. (5<sup>ième</sup> sect.), arrêts *Obst c. Allemagne* et *Schüth c. Allemagne* du 23 septembre 2010 (req. n° 425/03 et 1620/03) (définitifs depuis le 23 décembre 2012); C.E.D.H. (5<sup>ième</sup> sect.), arrêt *Siebenaar c. Allemagne* du 3 février 2011 (req. n° 18136/02) (définitif depuis le 20 juin 2011).

<sup>95</sup> "Egalité entre travailleurs féminins et masculins - Autres discriminations 'article 19 TFUE'", *J.D.E.*, 2012, p. 314.

<sup>96</sup> Citées au § 34 de l'arrêt *Sindicatul Păstorul cel Bun* : article 5 de la Charte sociale révisée (droit syndical), article 12 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (liberté d'association).

<sup>97</sup> Considérant (24) pourtant cité au § 34 de l'arrêt *Sindicatul Păstorul cel Bun*.

<sup>98</sup> C.E.D.H. (3<sup>ème</sup> section), arrêt *Fernandez Martinez c. Espagne* du 15 mai 2012 (req. n° 56030/07) (cet arrêt fait l'objet d'un renvoi devant la Grande Chambre, accepté le 24 septembre 2012).

<sup>99</sup> Comp. Comm. E.D.H., déc. *Rommelfanger c. Allemagne* du 6 septembre 1989 (req. n° n° 12242/86).

l'évêché à communiquer au ministère de l'Éducation son intention de ne pas approuver le renouvellement de son contrat de travail pour l'année scolaire suivante<sup>100</sup>. Après avoir placé son contrôle sur le terrain du respect de la vie privée (article 8 CEDH)<sup>101</sup> qui couvre la sphère du droit du travail (§ 56), la Cour insiste sur les garanties juridictionnelles ouvertes au requérant, dans la ligne de ses arrêts *Obst*, *Schüth* et *Siebenaar* précités<sup>102</sup> (§ 82). Elle distingue ensuite la situation de Mr. Fernandez Martinez de ces trois affaires dans lesquelles il s'agissait de mesures prises par les autorités ecclésiastiques à l'encontre de laïcs (§ 83). Le requérant est un *prêtre sécularisé* ce qui incite la Cour à une extrême prudence : « la Cour considère que les circonstances qui ont motivé le non-renouvellement du contrat du requérant en l'espèce sont *de nature strictement religieuse*<sup>103</sup>. Elle est d'avis que les exigences des principes de liberté religieuse et de neutralité l'empêchent d'aller plus loin dans l'examen relatif à la nécessité et à la proportionnalité de la décision de non-renouvellement, son rôle devant se limiter à vérifier que les principes fondamentaux de l'ordre juridique interne ou la dignité du requérant n'ont pas été remis en cause » (§ 84).

Cette position en retrait de la Cour est critiquée par le juge siégeant au titre de l'Espagne dans une opinion dissidente extrêmement convaincante jointe à l'arrêt. Pour lui, la distinction fondamentale entre les arrêts *Obst*, *Schüth* et *Siebenaar* (ainsi que *Lombardi Vallauri*) ne tient pas dans la qualité du requérant, mais bien dans la qualité de l'employeur : une administration publique en charge de l'éducation et non une entreprise dont l'éthique est fondée sur la religion. A tout le moins, le manque de loyauté ou l'entorse au devoir de discrétion de Mr. Fernandez Martinez aurait dû faire l'objet d'un examen de proportionnalité *in concreto* pour ne pas vider le contrôle de conventionnalité de sa substance<sup>104</sup>.

## B. - Aménagement raisonnable

L'affaire *Sessa*<sup>105</sup>, porte à nouveau la question controversée de l'aménagement raisonnable en matière religieuse devant la Cour européenne des droits de l'homme<sup>106</sup>. Dans la ligne de la jurisprudence de l'ancienne Commission européenne des droits de

---

<sup>100</sup> Il s'agissait de l'année scolaire 1997-1998, les faits du litige étant bien antérieurs à l'entrée en vigueur de la directive 2000/78/CE et à son article 4 § 2, auquel se réfère la Cour européenne au § 46.

<sup>101</sup> Comp. C.E.D.H. (2<sup>ème</sup> sect.), arrêt *Lombardi Vallauri c. Italie* du 20 octobre 2009 (req. n° 39128/05) (définitif depuis le 20 janvier 2010) où l'article 10 CEDH (liberté d'expression) dans son volet procédural fut mobilisé par la Cour.

<sup>102</sup> Voy. *supra*, la note 94.

<sup>103</sup> Notre accent.

<sup>104</sup> Dans le même sens, voy. S. Smet ("Fernandez Martinez v. Spain: Towards a 'Ministerial Exception for Europe?'", posté sur *Strasbourg Observers – Blog commenting on developments in the case-law of the European Court of Human Rights*, 24 mai 2012) qui va jusqu'à considérer que la Cour européenne emprunte la voie tracée par la Cour suprême américaine dans son arrêt controversé *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church & School v. EEOC*, 565 U.S. (2012).

<sup>105</sup> C.E.D.H., arrêt *Francesco Sessa c. Italie* du 3 avril 2012 (req. n° 28790/08) (définitif depuis le 24 septembre 2012).

<sup>106</sup> Voy. notamment E. Bribosia, J. Ringelheim et I. Rorive, "Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse", *Rev. trim. dr. h.*, 2009, pp. 319-373 ; « Reasonable Accommodation for Religious Minorities: A Promising Concept for European Antidiscrimination Law? », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2010, Vol. 17, n° 2, pp. 137-161.

l'homme<sup>107</sup>, pour les quatre juges de la majorité, fixer la date d'une audience consacrée à la production immédiate des preuves un jour où l'avocat de la partie civile ne peut être présent en raison d'une festivité juive de nature religieuse – indisponibilité qu'il a immédiatement signalée<sup>108</sup> – ne constitue pas une ingérence dans sa liberté de religion (article 9 CEDH). Et d'ajouter : « même à supposer l'existence d'une ingérence dans le droit du requérant protégé par l'article 9 § 1, la Cour estime que celle-ci, prévue par la loi, se justifiait par la protection des droits et libertés d'autrui, et en particulier le droit des justiciables de bénéficier d'un bon fonctionnement de l'administration de la justice et le respect du principe du délai raisonnable de la procédure (...), et qu'elle a observé un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (§ 38). Le caractère péremptoire de la motivation étonne car il conduit soit à soustraire la décision étatique au contrôle de conventionnalité, soit à dénaturer les exigences de proportionnalité. S'il est essentiel que des considérations religieuses individuelles et, par essence, multiples ne dictent pas le fonctionnement de la justice ou des institutions publiques, pour les trois juges ayant signé une opinion dissidente commune, cet impératif doit s'ancrer dans une réalité. Et « la recherche d'un aménagement raisonnable de la situation litigieuse peut, dans certaines circonstances, constituer un moyen moins restrictif d'atteindre l'objet poursuivi »<sup>109</sup>. Les juges de la minorité soulignent non seulement que le requérant a immédiatement indiqué que la date prévue pour l'audience était incompatible avec ses convictions religieuses, et ce dès le moment de sa fixation, mais encore qu'aucun élément concret ne vient étayer la thèse de la perturbation dans le fonctionnement du service public de la justice. Tout au plus notent-ils d'éventuels inconvénients administratifs – « comme par exemple la nécessité de renouveler la notification de la date d'audience aux parties impliquées » -, mais ils écartent l'argument tiré tant de la violation du délai raisonnable que de l'urgence au motif, pour ce dernier, que l'audience en cause ne concernait pas des mesures privatives de liberté ou des personnes détenues.

Comme l'a très justement noté Nicolas Hervieu, « la solution de la majorité s'insère dans une logique de *'tout ou rien'*, là où les juges minoritaires inclinaient eux vers une logique de meilleure conciliation fondée sur la notion d'aménagement raisonnable »<sup>110</sup>. A cet égard, le raisonnement suivi par la majorité pour rejeter une violation de l'article 14 de la Convention ne peut que laisser perplexe : « la Cour rappelle que cette disposition interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables (...). Elle observe que le requérant n'a nullement démontré avoir été discriminé par rapport à des personnes étant dans une situation analogue à la sienne » (§ 42). La notion de discrimination indirecte si chèrement acquise est ainsi mise au pilori, comme est ignoré le fait que la notion d'aménagement raisonnable peut, dans certaines circonstances être utile pour gommer

---

<sup>107</sup> Voy. notamment Com. E.D.H., *X. c. Royaume-Uni*, 12 mars 1981 (req. n° 8160/8), D.R. 22 ; Com. E.D.H., *Kontinen c. Finlande*, 3 décembre 1996 (req. n° 24949/94), D.R. 87-B ; Com. E.D.H., *Stedman c. Royaume-Uni*, 9 avril 1997 (req. n° 29107/95), D.R. 89-B.

<sup>108</sup> Comp. C.J., 27 octobre 1976, *Viven Prais*, 130-75.

<sup>109</sup> Opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Popovic et Keller, point 9.

<sup>110</sup> N. Hervieu, « Valse-hésitation de la jurisprudence strasbourgeoise sur la notion d'*'accommodement raisonnable'* en matière religieuse », in *Lettre "Actualités Droits-Libertés" du CREDOF*, 15 avril 2012.

les conséquences discriminatoires qu'un calendrier forgé pour une religion chrétienne initialement majoritaire en Europe produit sur les religions minoritaires<sup>111</sup>.

Cet arrêt est d'autant plus surprenant qu'il intervient un peu plus d'un an après l'affaire *Jakobsky*<sup>112</sup> où la Cour européenne des droits de l'homme avait condamné, à l'unanimité et du chef d'une violation de la liberté religieuse<sup>113</sup>, les autorités polonaises pour n'avoir pas pris au sérieux la demande d'un détenu bouddhiste de bénéficier de repas végétariens. Si l'arrêt *Jakobsky* participe du courant jurisprudentiel protecteur de la dignité des personnes incarcérées et est résolument ancré dans les faits de l'espèce (attitude dénigrante, voire hostile des autorités carcérales ; absence de consultation de la mission bouddhiste<sup>114</sup> ; aucune exigence de repas préparés, cuisinés ou servis de manière particulière ; absence d'éléments étayant la thèse des autorités polonaises relative au surcoût et aux difficultés techniques de servir des repas sans viande), il témoigne d'une attitude pragmatique de la Cour reprise par les juges de la minorité de l'arrêt *Sessa*<sup>115</sup>.

### C. - Signes religieux

Le fossé semble se creuser entre Strasbourg et Genève sur l'appréhension, par les droits de l'homme, de l'interdiction des signes religieux. A la question « un Etat peut-il, sans méconnaître la liberté religieuse, imposer aux hommes de confession sikhe d'apparaître, sans leur turban, sur des documents d'identité », la Cour européenne avait apporté une réponse résolument positive en 2008<sup>116</sup>, alors que le Comité des droits de l'homme adoptait la solution inverse trois ans plus tard<sup>117</sup> vis-à-vis du même requérant<sup>118</sup>. L'histoire se répète en 2012, dans des affaires certes portées par des personnes différentes, mais dans des cas d'espèce étrangement similaires. Et c'est à nouveau l'intensité du contrôle de l'argumentaire étatique qui explique la divergence de solution.

---

<sup>111</sup> L. Peroni et S. Ouald Chaib, « Francesco Sessa v. Italy : A Dilemma Majority Religion Members Will Probably Not Face », posté sur *Strasbourg Observers – Blog commenting on developments in the case-law of the European Court of Human Rights*, 5 avril 2012.

<sup>112</sup> C.E.D.H. (4<sup>th</sup> sect.), arrêt *Jakobsky c. Pologne* du 7 décembre 2010 (req. n° 18429/06) (définitif depuis le 7 mars 2011).

<sup>113</sup> La Cour avait estimé qu'un examen séparé ne se justifiait pas sous l'angle du grief tiré de la violation du principe d'égalité de traitement (article 14 combiné à l'article 9 CEDH).

<sup>114</sup> Contrairement à l'affaire qui avait donné lieu à la décision de la Commission européenne des droits de l'homme, *X c. Royaume-Uni*, 5 mars 1976, D.R., 5/8.

<sup>115</sup> Dans ce courant jurisprudentiel, voy. aussi C.E.D.H. (GC), *Thlimmenos c. Grèce*, arrêt du 6 avril 2000 (req. n° 34369/97), C.E.D.H., arrêt *Milanović c. Serbie* du 14 décembre 2010 (req. n° 44614/07) (définitif depuis le 20 juin 2011), §§ 96 et 97 ; C.E.D.H., déc. (irrec.) *Gatis Kovalkovs c. Lettonie* du 31 janvier 2012 (req. n° 35021/05).

<sup>116</sup> C.E.D.H., déc. (irrec.) *Mann Singh c. France* du 13 novembre 2008 (req. n° 24479/07).

<sup>117</sup> C.D.H., *Ranjit Singh c. France*, communication n° 1876/2000, déc. du 22 juillet 2011 (CCPR /C/102/D/1876/2009).

<sup>118</sup> Voy. E. Brems, E. Bribosia et S. Van Drooghenbroeck, « Le port de signes religieux dans l'espace public : Vérité à Strasbourg, erreur à Genève? », *J.T.*, 2012, pp. 602-603.

C'est en 2009 que la Cour européenne des droits de l'homme a été pour la première fois<sup>119</sup> amenée à se prononcer sur la conventionnalité de la loi française qui interdit le port de signes religieux ostensibles à l'école<sup>120</sup>. Les différentes requêtes, qui mettaient en cause les renvois d'établissements scolaires en raison du port du keski sikh<sup>121</sup> ou du foulard islamique au nom de la liberté religieuse (article 9 CEDH), parfois couplé au principe de non-discrimination (article 14 CEDH), avaient toutes été rejetées au stade de la recevabilité comme « manifestation mal fondées »<sup>122</sup>. Une large marge d'appréciation avait été laissée au décideur national qui entendait « sauvegarder le principe constitutionnel de laïcité », un objectif conforme aux valeurs sous-jacentes à la Convention. Aux élèves qui avaient substitué le keski au turban, pour tenter de se conformer à la législation nationale en plaidant qu'il s'agissait d'un « signe discret », la Cour s'était contentée de répondre que les autorités internes avaient « pu estimer que le fait de porter un tel accessoire vestimentaire en permanence constituait également la manifestation ostensible d'une appartenance religieuse »<sup>123</sup>. Du reste, dans cette jurisprudence de la Cour, aucune trace de la notion de discrimination indirecte, ni de l'aménagement raisonnable pour effectuer un contrôle de proportionnalité vérifiant l'existence d'une mesure moins attentatoire à l'exercice des droits fondamentaux<sup>124</sup>.

Statuant sous l'angle de la liberté religieuse (article 18 PIDCP), le Comité des droits de l'homme adopte une approche radicalement différente en décembre 2012<sup>125</sup>. S'il reconnaît que la législation française a été adoptée pour mettre fin à certains incidents de prosélytisme et en vue de garantir la sécurité et l'ordre publics, il effectue, contrairement à la Cour européenne, un contrôle de proportionnalité serré. Le Comité insiste d'abord sur la position du requérant non démentie par le gouvernement français, suivant laquelle pour les hommes Sikhs, le keski ou le turban n'est pas uniquement un symbole religieux mais un élément essentiel de leur identité. (§ 8.7). Le Comité se place ensuite sur un terrain pragmatique pour juger que l'Etat s'est cantonné à une position de principe sans être en mesure d'étayer de manière concrète en quoi le requérant, en portant son keski, a constitué une menace pour les droits fondamentaux des autres élèves et l'ordre public dans l'établissement scolaire. L'expulsion permanente d'une école publique avait pesé lourdement sur le droit à l'éducation du requérant et rien n'indique au Comité que cette expulsion était nécessaire ni qu'un véritable dialogue a pu se nouer entre les autorités scolaires et le requérant afin de prendre en compte sa

---

<sup>119</sup> Les arrêts *Dogru et Kervanci c. France* du 4 décembre 2008 (req. nos 31645/04 et 27058/05) concernaient l'interdiction faite à deux élèves de porter le foulard islamique en cours d'éducation physique, laquelle était fondée sur une réglementation antérieure à la loi n° 2004-228 citée à la note suivante.

<sup>120</sup> Loi n° 2004-228 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, et qui insère un article L. 141-5-1 dans le Code de l'éducation.

<sup>121</sup> Sous-turban de couleur sombre.

<sup>122</sup> C.E.D.H., déc. (irrec.) du 30 juin 2009 : *Aktas c. France* (req. n° 43563/08), *Ghazal c. France* (req. n° 29134/08), *Bayrak c. France* (req. n° 14308/08), *Gamaleddyn c. France* (req. n° 18527/08), *Jasvir Singh c. France* (req. n° 25463/08), *Ranjit Singh c. France* (req. n° 27561/08).

<sup>123</sup> Voy. notamment C.E.D.H., déc. (irrec.) *Jasvir Singh c. France* du 30 juin 2009 (req. n° 25463/08).

<sup>124</sup> I. Rorive, "Religious Symbols in the Public Space: In Search of a European answer", *Cardozo Law Review*, 2009, vol. 30, pp. 2669-2698.

<sup>125</sup> C.D.H., *Singh c. France*, communication n° 1852/2008, déc. du 4 décembre 2012 (CCPR/C/106/D/1852/2008).

situation spécifique (§ 8.7). Enfin, au terme d'un contrôle de proportionnalité *in concreto*, le Comité considère que le comportement propre du requérant ne s'était à aucun moment inscrit dans les considérations qui avaient justifié l'adoption de la loi et que son expulsion reposait uniquement sur son appartenance à un groupe de personnes circonscrit par l'expression de leur religion. L'argument tiré de la simplification de la gestion du port des signes religieux à l'école par l'adoption d'une règle générale est balayé par le Comité, sauf à démontrer, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, que les avantages d'une telle politique justifient que les droits de certains soient sacrifiés (§ 8.7). Et de conclure que la France a l'obligation de revoir sa législation.

## VII. DISCRIMINATIONS MULTIPLES ET INTERSECTIONNELLES

En Europe, l'un des traits marquants de la jurisprudence en matière de discrimination réside dans l'émergence progressive, quoiqu'encore balbutiante, d'une prise en compte des discriminations multiples ou inter-sectionnelles. Sous l'influence des systèmes de *common law* (Etats-Unis, Canada ou Royaume-Uni), le monde académique, les réseaux d'experts, les O.N.G. européennes et le Conseil de l'Europe se familiarisent avec ce nouveau champ riche en potentialités<sup>126</sup>. Devant les juridictions européennes, les requérants, souvent appuyés par des tiers-intervenants, commencent à mobiliser cette approche, avec un succès encore éminemment variable, qui contraste avec la pratique mieux établie du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes.

En 2012, la Cour de justice de l'Union a été saisie, pour la première fois, de deux affaires de discriminations multiples. Dans la première (*Meister*)<sup>127</sup>, la requérante s'estimait victime d'une discrimination fondée sur le sexe, l'âge et l'origine ethnique à l'occasion d'une procédure de recrutement. Dans le contexte du droit de l'Union, le litige relevait de trois directives différentes : la directive 2006/54<sup>128</sup> pour le sexe, la directive 2000/78 pour l'âge et la directive 2000/43<sup>129</sup> pour l'origine ethnique. Cette particularité n'a pas été appréhendée par la Cour de justice qui était interrogée sur le mécanisme du renversement de la charge de la preuve<sup>130</sup>. La Cour a raisonné par analogie avec une précédente affaire *Kelly*<sup>131</sup> où seule la directive 97/80 relative à la charge de la preuve

---

<sup>126</sup> Voy. notamment le Rapport de la Commission sur l'égalité et la non-discrimination de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (Rapporteuse: Mme Athina KYRIAKIDOU), « Discriminations multiples à l'égard des femmes musulmanes en Europe: pour l'égalité des chances », Doc. 12956, 11 juin 2012.

<sup>127</sup> C.J., 19 avril 2012, *Galina Meister*, C-415/10.

<sup>128</sup> Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) (*J.O.*, n° L 204, 26.07.2006, pp. 23-36).

<sup>129</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 (*J.O.*, n° L 180 du 19/07/2000, pp. 22-26).

<sup>130</sup> Le droit de l'Union ne crée pas de droit pour un travailleur alléguant de façon plausible qu'il remplit les conditions énoncées dans un avis de recrutement et dont la candidature n'a pas été retenue, d'accéder à l'information précisant si l'employeur, à l'issue de la procédure de recrutement, a embauché un autre candidat (§ 46). Toutefois, ce refus doit être pris en considération par le juge national pour évaluer s'il existe, en l'espèce, des éléments suffisants de nature à présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte et à faire basculer la charge de la preuve d'une discrimination (*prima facie case*) (§ 47).

<sup>131</sup> C.J., 21 juillet 2011, *Kelly*, C-104/10.

en matière de discrimination fondée sur le sexe<sup>132</sup> trouvait à s'appliquer et a étendu ce raisonnement aux deux autres directives et motifs de discrimination<sup>133</sup>, en suivant une approche « harmonisante »<sup>134</sup>. Dans la seconde affaire (*Odar*)<sup>135</sup>, les motifs de discrimination – âge et handicap - ont été examinés successivement par la Cour. En se fondant sur la directive 2000/78, qui couvre les deux motifs dans le domaine de l'emploi, la Cour écarte d'abord l'existence d'une discrimination fondée sur l'âge, selon un raisonnement devenu désormais classique, pour ensuite reconnaître l'existence d'une discrimination fondée sur le handicap<sup>136</sup>. Ce faisant elle ne traite nullement d'une éventuelle discrimination croisée ou inter-sectionnelle dont serait victime le requérant en tant que travailleur âgé, gravement handicapé. Mais cet angle d'approche, il est vrai, n'était nullement soulevé dans les questions préjudicielles qui lui étaient adressées.

Devant la Cour européenne des droits de l'homme, la dimension inter-sectionnelle de certaines discriminations est parfois mise en lumière, souvent avec l'aide des tierces-interventions. Ainsi, dans l'affaire *Konstantin Markin*, l'on a relevé qu'une discrimination croisée fondée sur le genre et le statut militaire, suggérée par le Centre des droits de l'homme de l'Université de Gand, avait été prise en compte (§ 122)<sup>137</sup>. Dans l'affaire *B.S. c. Espagne*<sup>138</sup>, la dimension multifactorielle de la discrimination avait été soulevée tant par la requérante que par les tiers intervenants (la *European Social Research Unit* (ESRH) du Groupe de recherche sur l'exclusion et contrôle social (GRECS) de l'Université de Barcelone<sup>139</sup>, le *AIRE Centre*) (§§ 65-66). En l'espèce, la requérante estimait « que sa condition de femme de race noire exerçant la prostitution la rend[ait] spécialement vulnérable aux attaques discriminatoires et que ces facteurs ne [pouvaient] être dissociés et [devaient] être pris en compte dans leur ensemble » (§ 61). La Cour a été sensible à cette argumentation dans la mesure où, pour conclure à l'existence d'une violation de l'article 14 de la Convention combiné à l'article 3, elle estime que « 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 » (§ 71).

Par contre, dans les affaires de stérilisation forcée commentées dans cette chronique,

---

<sup>132</sup> Directive 97/80/CE du Conseil, du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe (*J.O.*, 1998, L 14, p. 6) abrogée par la directive 2006/54.

<sup>133</sup> Cette affaire est commentée par J. Jacquain dans sa chronique annuelle ("Egalité entre travailleurs féminins et masculins – Autres discriminations "article 19 TFUE"", 2012, *op. cit.*, p. 310.

<sup>134</sup> A ce propos, voy. E. Bribosia, « La lutte contre les discriminations dans l'Union européenne : une mosaïque de sources dessinant une approche différenciée », in *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten. Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, C. Bayart, S. Sottiaux & S. Van Drooghenbroeck (éd.), Bruxelles, Brugge, La Chartre, Die Keure, 2008, pp. 31-62.

<sup>135</sup> C.J., 6 décembre 2012, *Odar*, C-152/11.

<sup>136</sup> Elle juge qu'il n'est pas tenu compte du risque encouru par les travailleurs handicapés qui rencontrent en général davantage de difficultés que les travailleurs valides pour réintégrer le marché de l'emploi. L'effet de diminution de l'indemnité de licenciement octroyé aux travailleurs handicapés excède ainsi ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs de politique sociale poursuivis par le législateur national (§§ 69-70).

<sup>137</sup> *Supra*, point II.A.

<sup>138</sup> C.E.D.H. (3<sup>ème</sup> sect.), arrêt *B.S. c. Espagne* du 24 juillet 2012 (req. n° 47159/08) (définitif depuis le 24 octobre 2012).

<sup>139</sup> L'ESRH énumère à ce sujet plusieurs initiatives entamées au niveau européen qui visent à la reconnaissance de la discrimination multiple, bien qu'à l'heure actuelle il n'existe pas encore de texte contraignant, ce qui serait fort souhaitable (§ 65).

alors que les requérantes avaient systématiquement mis l'accent sur la double discrimination dont elles avaient fait l'objet, vu que leur sexe et leur race avaient joué un rôle décisif dans la violation des droits fondamentaux dont elles se plaignaient<sup>140</sup>, la Cour n'a nullement abordé la question de la discrimination intersectionnelle. En effet, tout en condamnant la Slovaquie pour violation des articles 3 et 8 de la Convention, elle n'a pas jugé nécessaire d'examiner séparément le grief tiré de la discrimination. Il en a été de même dans une affaire *Catan c. Moldavie et Russie*<sup>141</sup> où les requérants se plaignaient, dans un contexte politiquement sensible ayant pour toile de fond le conflit sur le territoire de Transnistrie, d'une discrimination fondée sur leur origine ethnique et sur leur langue en matière d'accès à l'enseignement<sup>142</sup>. La Cour conclut à une violation du droit à l'instruction (article 2 du Protocole n°1) mais, étonnamment, après avoir rappelé que ce droit doit être interprété à la lumière des autres droits de la Convention et notamment du droit au respect de la vie privée, de la liberté de conscience et de religion et de la liberté de communiquer et recevoir des informations et des idées<sup>143</sup>, elle n'estime pas nécessaire d'examiner le grief tiré de la discrimination<sup>144</sup>.

Quant au Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, sa pratique en matière de discrimination inter-sectionnelle n'est pas neuve. Il s'est d'ailleurs prononcé en ce sens dans sa Recommandation générale n° 28<sup>145</sup>, où il « note que le fait que les phénomènes de discrimination se recoupent est fondamental pour l'analyse de la portée des obligations générales que fixe l'article 2. La discrimination fondée sur le sexe ou le genre est indissociablement liée à d'autres facteurs tels que la race, l'origine ethnique, la religion ou la croyance, la santé, l'état civil, l'âge, la classe, la caste et l'orientation et l'identité sexuelles. Les États parties doivent prévoir légalement ces formes superposées de discrimination et l'effet cumulé de leurs conséquences négatives pour les intéressés, et ils doivent les interdire » (§ 18). C'est précisément au motif que l'Etat canadien n'avait pas assuré la protection d'une femme vulnérable (aborigène, victime de mauvais traitements, liée à un partenaire influent auprès de l'autorité qui lui a retiré ses droits) notamment dans l'accès à la propriété<sup>146</sup>, que le Comité l'a condamné dans l'affaire *Kell*<sup>147</sup>. Dans ses recommandations plus générales au Canada, le Comité suggère, en mobilisant les ressorts de l'approche inter-sectionnelle, de « (r)ecruter et former davantage de femmes autochtones chargées de fournir des

---

<sup>140</sup> C.E.D.H. (anc. 4<sup>ième</sup> sect.), arrêt *N.B. c. Slovaquie* du 12 juin 2012 (req. n° 29518/10) (définitif depuis le 12 septembre 2012), § 111 ; C.E.D.H. (4<sup>ième</sup> sect.), arrêt *I.G., M.K et R.H. c. Slovaquie* du 13 novembre 2012, (req. n° 15966/04), § 161. Voy. *supra*, point V.A.

<sup>141</sup> C.E.D.H. (GC), arrêt *Catan e.a. c. Moldavie et Russie* du 19 octobre 2012 (req. n° 43370/04, 8252/05 et 18454/06).

<sup>142</sup> Dans cette affaire, une loi s'inscrivant dans une politique de « russification » de la langue et de la culture de la communauté moldave vivant en Transnistrie avait ordonné la fermeture d'écoles dont la langue d'enseignement était le moldave/roumain, écrit en caractères latins.

<sup>143</sup> C.E.D.H. (GC), arrêt *Catan e.a. c. Moldavie et Russie* précité, § 136

<sup>144</sup> *Ibidem*, § 160

<sup>145</sup> Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale No. 28 concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 16 décembre 2010, CEDAW/C/GC/28.

<sup>146</sup> Violation des articles 2 d) et e) de la Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes.

<sup>147</sup> Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Kell c. Canada*, communication n° 19/2008, du 27 avril 2012, (CEDAW/C/51/D/19/2008), § 10.2.

Version avant épreuves soumise au *JEDH* pour publication en janvier 2013

services d'aide juridictionnelle aux autres femmes de leur communauté, notamment en matière de violence familiale et de droits de propriété ; (et de) réviser son système d'aide juridictionnelle pour garantir aux femmes autochtones qui sont victimes de la violence familiale un accès effectif à la justice ». Dans l'affaire *Jallow*, commentée dans cette chronique, le Comité a également pris en compte la situation particulièrement vulnérable de la requérante (femme migrante, analphabète, ne connaissant pas le bulgare et sans famille autre que son mari en Bulgarie) pour conclure à une condamnation de la Bulgarie<sup>148</sup>.

---

<sup>148</sup> Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Jallow c. Bulgarie*, communication n° 32/2011, déc. du 28 août 2012, (CEDAW/C/52/D/32/2011). Voy. *supra*, point II.A.