

*COMMENTAIRE SUR LA CONVENTION SUR L'ÉLIMINATION
DE TOUTES LES FORMES DE DISCRIMINATION A L'EGARD
DES FEMMES
(CEDAW):*

L'ARTICLE 4 SUR LES ACTIONS POSITIVES

Par Eliane Vogel-Polsky .

Professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles

Docteur honoris causa de l'Université de Lleida

*ECONOMIE RÉDACTIONNELLE DE L'ARTICLE 4
DE LA CEDAW*

L'article 4 de la Cedaw relatif aux actions positives constitue une disposition du droit international ayant une valeur et une signification juridiques tout à fait originales. Il s'agit d'un texte à portée interprétative, transversale à toutes les normes et obligations énoncées par le Traité CEDAW, cas d'une clause générale.

En effet, alors que la Convention a pour objet d'éliminer tous les actes de discrimination à l'égard des Femmes dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil, l'article 4 dispose de manière autoritaire que des mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes n'est pas considérée comme un acte de discrimination au sens de la définition donnée par l'article 1er.

Il s'agit d'une clause qui ne crée pas la reconnaissance d'un droit spécifique à l'égard des destinataires de la convention et qui n'impose pas une obligation nouvelle aux Etats Partis. Il a pour objet de conférer une licéité, générale et indiscutable, aux actions positives conformes au prescrit de l'article 4 afin d'éviter toute hésitation ou toute contestation futures sur la compatibilité de

mesures favorisant les femmes uniquement, avec le Traité, alors que celui-ci prohibe la discrimination entre les sexes, et pourrait dès lors, en l'absence de l'art.4, susciter le doute au sujet du caractère licite de telles mesures.

ARTICLE 1 CEDAW

Cette disposition comporte la définition en droit international de « la discrimination à l'égard des femmes » Celle ci est prohibée sous tous les aspects que relève l'art. 1 et, pour éviter toute ambiguïté, les articles de la Convention qui définiront par la suite les différents droits fondamentaux pour lesquels l'interdiction de discrimination pèsera, répèteront , rédactionnellement et intentionnellement , la même formule de prohibition de la discrimination à l'égard des femmes.

ARTICLE 5 CEDAW

Il convient toutefois de noter que les obligations souscrites par les Etats Parties suivent une hiérarchie extrêmement flexible qui va de l'échelon obligatoire immédiat et supérieur, tel l'article 5 qui impose une obligation «self executing», donc directement opérationnell1e pour les femmes destinataires à de simples engagements d'intention.

ARTICLE 2 À 16 CEDAW

C'est ainsi que la Partie purement obligationnelle de la CEDAW : les articles 2 à 16 (articles 1 et 4 exceptés) se modulent rédactionnellement en niveaux obligatoires plus souples, et utilisent des expressions telles que « s'engager à inscrire, à adopter, ou prennent les mesures appropriées en vue de, soit garantir l'exercice et la jouissance de tel droit, soit modifier ou faire en sorte de, soit éliminer les discriminations ; soit instaurer ou s'abstenir de....

Le présent commentaire n'a pas pour objet d'analyser la portée obligationnelle de chacune des dispositions conventionnelles, en raison de la diversité des obligations conventionnelles des Etats Parties par rapport à l'ensemble de la Convention.

Cette observation se limite à l'article 4 et relève que celui-ci, par sa nature, échappe à la variabilité des urgences et délais de mise en oeuvre, prévus par la Convention selon les différents domaines auxquels elle s'applique.

Son caractère transversal à chaque article, qui énonce une ou des obligations souscrites par les Etats Partis dans la lutte pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, opère de manière identique et invariable, à savoir que selon les mesures appropriées que les Etats Parties prennent, tout acte de discrimination positive favorisant temporairement les femmes est licite et compatible avec la notion internationale de « Discrimination à l'égard des femmes, dès lors que cette mesure vise à accélérer l'instauration d'une ÉGALITÉ DE FAIT entre les hommes et les femmes et qu'elle ne peut » en aucune façon avoir pour conséquence le maintien de normes inégales et distinctes »

L'article 4 insiste sur le caractère temporaire des actions positives, en précisant que ces mesures doivent être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chances et de traitement ont été atteints.

Son alinéa deux comporte une réserve classique et non temporaire, qui porte sur les mesures prises par les Etats Partis en matière de protection de la maternité.

Soulignons toutefois, une lacune rédactionnelle regrettable qui se rapporte à l'absence de définition juridique et internationale (ONU) de l'égalité de chances et de l'égalité de traitement. Celles-ci, en particulier l'égalité des chances, demeurent diversement comprises et interprétées.

Une définition aurait permis de trancher la question brûlante de savoir si l'égalité des chances comporte seulement une obligation d'aligner les chances de départ, ou si, comme le soutient une partie de la doctrine, l'égalité des chances comporte une égalité de résultat.

DISCUSSION SUR LA MISE EN OEUVRE DE L'ARTICLE 4 CEDAW

Pour interpréter l'article 4, il faut passer d'abord comme nous venons de le faire par le contexte rédactionnel. Une telle méthode

est conforme à la Convention de Vienne sur l'interprétation des Traités. Les termes de l'article 4 ne sont ni obscurs, ni imprécis. Verbatim et dans la logique de la Convention, l'objet de cette disposition est limpide. Elle vise à conférer aux actions positives, définies dans les termes prérappelés une autorité générale, applicable à l'ensemble des dispositions normatives du traité tout comme l'article 1 fournit une définition de la discrimination à l'égard des femmes qui s'applique à toutes les dispositions normatives du même traité.

Toutefois, l'expérience de la mise en oeuvre de la Cedaw par les Etats Parties, comme celle de la mise en oeuvre de textes internationaux régionaux, tels l'article 141 du traité de la Communauté européenne, ou de législations nationales en matière d'égalité des sexes (Royaume-Uni, Suède, Danemark, Allemagne, etc) montrent que le statut juridique des actions positives demeure controversé. La jurisprudence de la COUR EUROPÉENNE DE JUSTICE de la Communauté européenne en constitue un exemple significatif, de même que les Décisions de la COUR SUPREME DES ETATS UNIS en matière d'Affirmative Action, pour ne citer que celles là.

La controverse porte essentiellement sur le caractère contraignant des mesures d'action positive, sur l'étendue de leur pouvoir d'action et sur leur (in-)compatibilité avec le droit à l'égalité de traitement devant la loi et dans la loi entre les sexes.

La question primaire n'est finalement pas de décider si les actions positives sont permises jusqu'à un certain point mais plutôt de décider si une mesure d'action positive peut imposer un résultat ou des résultats (class action), résultat qui, puisque imposé et contraignant, comportera nécessairement une discrimination à rebours ou une violation d'un droit individuel à l'égalité des personnes qui auront été écartées de ce résultat par l'effet de la mesure favorisant une ou plusieurs femme(s) de manière à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et la femme (cf.art.4 Cedaw)

L'article 4 de la Cedaw étant muet sur la portée juridique de l'égalité de traitement et de l'égalité des chances, n'est pas d'une grande utilité pour résoudre ce problème. En revanche, en combinant la rédaction de l'article 4 avec les objectifs poursuivis par la Cedaw, conformément au Traité de Vienne, il est possible de donner une réponse à la question.

En effet, les considérants de l'Exposé des motifs de la Convention montrent clairement que l'objectif poursuivi est sociétel et collectif : Il faudrait le reproduire in extenso pour reconnaître que le but poursuivi est d'instaurer un nouvel ordre économique et international fondé sur l'équité et la justice, qu'il s'agit d'instaurer une société mondiale reposant sur le respect des droits fondamentaux, dans la dignité et la valeur de la personne humaine et dans l'égalité des droits de l'homme et de la femme, et que surtout la pleine égalité de l'homme et de la femme assureront le développement complet d'un pays, et le bien-être du monde et la cause de la paix.

C'est la contribution pleine et entière des femmes au progrès de la société qui fera évoluer celle ci, notamment par le partage des responsabilités dans tous les domaines de la vie en société.

L'interprétation téléologique s'impose : il ne s'agit pas d'invoquer les droits individuels des femmes ou des hommes à l'égalité lorsqu'on traite de « mesures spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes » (but défini par l'art.4).

De même, il ne peut s'agir de favoriser telle ou telle femme au détriment de tel ou tel homme. Les mesures d'action positive par leur nature et par le but qu'elles poursuivent ne peuvent être que des actions collectives et systémiques. Elles visent à transformer la société, à instaurer de nouveaux rapports sociaux de sexe (gender) à instaurer l'égalité de la femme et de l'homme dans tous les domaines de la vie en société. Pour instaurer cette société de personnes humaines, égales en droit et en dignité, la Convention dispose expressément, solennellement qu'il est nécessaire de lutter « contre les discriminations à l'égard des femmes ».

La CEDAW constitue un texte qui vise spécifiquement les femmes, la discrimination à l'égard des femmes et s'adresse

explicitement aux Etats pour lutter et éliminer cette discrimination sexuée, phénomène collectif dérivant des rapports de genre.

La CEDAW constitue un dispositif juridique sexué qui, à l'échelle mondiale, proclame l'universalité des discriminations frappant les femmes et reconnaît la nécessité universelle de les abolir en instaurant l'égalité de fait. Dans ce contexte et avec l'interprétation téléologique des objectifs de la CEDAW, l'article 4 révèle sa dimension collective et systémique ; Les mesures favorisant les femmes à l'exclusion des hommes, à condition d'être spéciales, temporaires et de contribuer à accélérer l'instauration de résultat sont légales et doivent être adoptées si leurs conséquences permettent d'aboutir à un résultat concret

L'imprécision de la nature juridique de l'égalité des chances contribue à la confusion. La jurisprudence des Cours Suprêmes accepte de justifier des mesures différentielles pour les femmes et les hommes pour conjurer des inégalités sociales. Mais le lien juridique entre des mesures réparatrices, correctrices d'inégalités constatées entre les sexes, n'est pas ouvertement exprimé comme relevant d'un droit général, supérieur, collectif visant à la réalisation d'une société qui impose l'égalité des personnes sexuées ; au nom d'un intérêt général et démocratique, l'intérêt collectif des femmes et des hommes à la reconnaissance du droit à l'égalité des sexes.

Tant que dominera sur la scène juridique la figure neutre et abstraite du sujet de droit: l'homme, le citoyen, le sujet, l'accent sera mis sur la protection des droits individuels des citoyens et hésitera ou refusera d'admettre qu'une mesure systémique puisse compromettre le droit individuel d'un membre du groupe jusqu'ici favorisé.

Examinons de plus près la situation : Des mesures d'action positive peuvent produire des résultats préférentiels à l'égard d'une femme parce qu'elle appartient à un groupe discriminé en raison de rapports de genre. De ce fait, la mesure s'individualise puisqu'elle trouve à s'appliquer à une personne déterminée du sexe féminin, qui, au nom d'un intérêt collectif et de l'application d'un droit fondamental, se voit garantir son droit à l'égalité de traitement dans le cadre des différences sociales constatées à l'intérieur du groupe visé. Par ailleurs, cette même mesure peut

avoir pour effet d'écarter un homme, membre du groupe privilégié, qui, individuellement présentait des qualités et mérites égaux à ceux de la femme bénéficiaire de l'action positive précitée, cet individu cependant ne pourra prétendre au même traitement en raison de la limitation qu'imposent l'intérêt collectif et l'application en terme de genre du droit à l'égalité.

Son droit individuel à l'égalité de traitement n'est ni bafoué, ni violé ; Il est provisoirement limité par le respect du droit fondamental à l'égalité, de nature collective, qui conditionne la mise en oeuvre du droit individuel à l'égalité tant de l'homme que de la femme. Comme d'autres droits fondamentaux, tels le droit de propriété, le droit d'expression politique et philosophique, le droit au mariage, etc le Droit Fondamental à l'égalité de la femme et de l'homme s'exerce socialement et doit se soumettre à des restrictions motivées par l'intérêt général. La CEDAW montre pleinement l'impact différencié, selon le genre, qui frappe l'exercice des droits fondamentaux reconnus à l'un et l'autre sexe, du moins théoriquement. Garantir la réalisation de l'égalité de fait inclut la licéité et la nécessité de certaines mesures et programmes d'action positive. Lors de l'élaboration de telles mesures programmées pour tel groupe, ou tel droit en particulier, les Etats Parties doivent obligatoirement procéder à l'évaluation de l'impact selon le genre des mesures préconisées et veiller à ce que leurs effets ne soient pas disproportionnés au but poursuivi. C'est le prix à payer pour la réalisation du droit à l'égalité

Il est important de recommander au Comité de contrôle de la CEDAW de considérer que les droits fondamentaux reconnus dans les Pactes et la Déclaration Universelle de 1948 doivent être interprétés avec la dimension du genre. Ces mêmes droits ont été repris par la CEDAW dans l'optique de l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Leur mise en oeuvre exige que leur application soit examinée à la lumière des articles 1 et 4 combinés de la CEDAW..

En outre, dans son esprit et sa lettre, la Cedaw comporte la reconnaissance de l'égalité de droit et de fait des femmes et des hommes. L'objectif de l'égalité doit être poursuivi, non pas de manière accessoire à l'occasion du contrôle de la mise en oeuvre

des Droits Fondamentaux, mais comme un objectif en soi comportant une Obligation Positive d'Agir en vue d'instaurer l'Égalité.

Cette obligation d'agir des Etats Partis à un traité a été proclamée à diverses reprises par la Cour européenne des Droits de l'Homme de Strasbourg. Elle peut se réaliser au moyen d'actions positives comme l'exprime clairement l'art.4 de la CEDAW, mais elle comporte intrinsèquement l'obligation des Etats Partis d'agir, de trouver des moyens pro-actifs de réaliser la garantie effective des droits garantis en faveur des destinataires, des personnes bénéficiaires de la Convention.

On doit sans doute regretter que les principaux textes onusiens en matière des droits humains des femmes soient assez anciens et ne reflètent pas l'état de réflexion critique qui a eu pour origine, l'analyse en termes de genre, du droit de l'égalité des sexes, et a conclu à sa large inaffektivité.

Il est important que le Comité de contrôle indique très clairement la méthodologie interprétative, selon la dimension du genre, qu'il applique aux rapports de contrôle et qu'il recommande aux Etats Partis de rendre compte également sur des actions, lois et mesures pro-actives qu'ils sont contraints d'adopter pour mettre en oeuvre les obligations conventionnelles qu'ils ont souscrites.

Il s'agit avant tout de mesures inhérentes au droit garanti et nécessaires à son application effective. L'opposition entre la protection du droit individuel des membres du groupe privilégié et l'intérêt collectif des mesures limitant celui-ci est purement formelle et sans objet dès lors qu'il s'agit de droits fondamentaux, garantissant la condition et le statut des personnes humaines, qui vivent en société et acceptent les valeurs d'égalité de la démocratie.