

L'APPROCHE JURIDIQUE INTERNATIONALE DU PHÉNOMÈNE DE DISCRIMINATION FONDÉE SUR LE MOTIF DES ANTÉCÉDENTS JUDICIAIRES

Rolince Mbungu

Volume 27, numéro 2, 2014

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1068026ar>
DOI : <https://doi.org/10.7202/1068026ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)
2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Mbungu, R. (2014). L'APPROCHE JURIDIQUE INTERNATIONALE DU PHÉNOMÈNE DE DISCRIMINATION FONDÉE SUR LE MOTIF DES ANTÉCÉDENTS JUDICIAIRES. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 27(2), 59–97. <https://doi.org/10.7202/1068026ar>

Résumé de l'article

Les individus ayant des antécédents judiciaires forment une minorité qui n'a pas encore pu sortir des affres de la discrimination. La discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires est courante et très ancrée dans les lois, politiques et pratiques des États à travers le monde. Un encadrement juridique international du phénomène n'a pas encore été véritablement mis en place. Ceci ne signifie pas pour autant qu'il y ait à proprement parler un vide juridique international à ce propos, puisque divers instruments internationaux, fussent-ils généraux, s'avèrent pertinents en l'espèce. L'on constate une réelle indigence normative internationale et, dans le meilleur des cas, une imprécision normative internationale sur ce phénomène. Cette insuffisance est légèrement palliée par une jurisprudence internationale, une *soft law* internationale, une coutume et une doctrine, elles aussi très pusillanimes et partielles. Les différentes approches nationales et régionales contiennent quelques mesures de protection importantes pouvant constituer, si elles sont renforcées, des jalons importants à la construction d'un véritable encadrement juridique international de ce phénomène.

L'APPROCHE JURIDIQUE INTERNATIONALE DU PHÉNOMÈNE DE DISCRIMINATION FONDÉE SUR LE MOTIF DES ANTÉCÉDENTS JUDICIAIRES

*Rolince Mbungo**

Les individus ayant des antécédents judiciaires forment une minorité qui n'a pas encore pu sortir des affres de la discrimination. La discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires est courante et très ancrée dans les lois, politiques et pratiques des États à travers le monde. Un encadrement juridique international du phénomène n'a pas encore été véritablement mis en place. Ceci ne signifie pas pour autant qu'il y ait à proprement parler un vide juridique international à ce propos, puisque divers instruments internationaux, fussent-ils généraux, s'avèrent pertinents en l'espèce. L'on constate une réelle indigence normative internationale et, dans le meilleur des cas, une imprécision normative internationale sur ce phénomène. Cette insuffisance est légèrement palliée par une jurisprudence internationale, une *soft law* internationale, une coutume et une doctrine, elles aussi très pusillanimes et partielles. Les différentes approches nationales et régionales contiennent quelques mesures de protection importantes pouvant constituer, si elles sont renforcées, des jalons importants à la construction d'un véritable encadrement juridique international de ce phénomène.

Individuals with a criminal record constitute a minority that cannot escape discrimination. Discrimination on the ground of criminal records is frequent and very much consolidated within laws, policies and practices of states around the world. An international legal framework for this phenomenon has not been as of yet truly implemented. This is not to suggest that there is an international legal vacuum on the topic, considering that numerous international instruments, general as they might be, are relevant here. However, there exists an international normative indigence or, in the best of cases, an international normative imprecision concerning this phenomenon. This shortfall is somewhat alleviated by an international case law, an international soft law, a custom and a doctrine, here again weak and partial. Different national and regional approaches include important protection measures, which can constitute, if reinforced, significant building blocks for a meaningful international legal framework of the phenomenon.

Los individuos que tienen antecedentes judiciales son una minoría que todavía no ha podido salir de los embates de la discriminación. La discriminación fundada sobre el motivo de los antecedentes judiciales es corriente y muy anclada en las leyes, las políticas y las prácticas de los Estados a través del mundo. Un marco jurídico internacional del fenómeno no ha sido verdaderamente realizado todavía. Esto no significa, sin embargo, que se deba hablar propiamente de un vacío jurídico internacional a propósito de eso, ya que diversos instrumentos internacionales, aunque fueran generales, se revelan pertinentes aquí. Constatamos una real indigencia de la normativa internacional y, en el mejor caso, una imprecisión normativa internacional sobre este fenómeno. Esta insuficiencia es ligeramente paliada por una jurisprudencia internacional, un *soft law* internacional, una costumbre y una doctrina, ellos también muy pusilánimes y parciales. Los diferentes enfoques nacionales y regionales contienen algunas medidas de protección importantes que pueden constituir, si son reforzadas, los hitos importantes en la construcción de un verdadero marco jurídico internacional de este fenómeno.

* Docteur en droit - Chercheur associé au CECOJI, Université de Poitiers, France. L'auteur tient à remercier les évaluateurs anonymes pour leurs pertinentes observations.

Selon le rapport de 2011 de l'*International Centre for Prison Studies*, plus de 10,1 millions de personnes sont détenues dans des institutions judiciaires à travers le monde¹. La fréquence des entrées et des sorties d'institutions pénitentiaires laisse supposer un nombre certainement plus élevé de personnes ayant des antécédents judiciaires². Ces antécédents peuvent, illégalement, mais aussi légalement selon le cas, faire l'objet d'un motif de discrimination³. La discrimination sur le fondement des antécédents judiciaires s'entend de la situation où un individu ne bénéficie pas d'un traitement égal face à une opportunité quelconque, notamment face à l'accès aux nécessités de base du simple fait de ses antécédents judiciaires. Il peut s'agir du harcèlement sur le lieu de travail, du licenciement, de la disqualification aux opportunités de logement, de la privation de possibilités de formation sur la seule base des antécédents judiciaires. Un nombre important de pays exerce une telle discrimination qui se manifeste essentiellement au niveau de l'emploi et du logement à l'égard de ces personnes⁴. D'autres domaines sont bien évidemment aussi concernés, notamment le droit de vote et la nationalité⁵. Cette forme de discrimination continue malgré le fait que des recherches aient prouvé non seulement que les antécédents judiciaires ne sont pas des indicateurs fiables du comportement futur d'un individu, mais aussi que la discrimination est un obstacle à la réadaptation, à la réinsertion sociale et à la participation au marché du travail⁶. Les personnes ayant des antécédents judiciaires peuvent être considérées comme faisant partie de classes

¹ International Centre for Prison Studies, *Report on the World Prison Population List*, 19 juillet 2011 à la p 1, en ligne : International Center for Prison Studies <http://www.prisonstudies.org/sites/prisonstudies.org/files/resourcess/downloads/wpl_9.pdf>.

² S'il n'y a pas de chiffres précis sur le nombre de personnes ayant des antécédents judiciaires, les entrées et sorties d'institutions pénitentiaires laissent présager un nombre bien plus élevé que celui des personnes actuellement détenues.

³ Les lois et politiques relatives à la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires varient d'un pays à l'autre. Un acte de discrimination sur ce fondement peut être toléré ou permis dans un pays et interdit dans un autre.

⁴ Pour le Canada (Colombie-Britannique), voir le *Criminal Records Review Act*, RS BC 1996, c 86, art 8(1) [*Criminal Records Review Act*]. Au Canada, les anciens prisonniers se heurtent à des difficultés pratiques prononcées dans l'obtention d'un logement. Ils n'ont souvent pas les ressources financières nécessaires pour se payer un logement. Voir Canada Mortgage & Housing Corporation, *Housing Options upon discharge from Correctional Facilities*, Toronto, Mortgage and Housing Corporation, 2007 [Canada Mortgage & Housing Corporation]. Dans la plupart des provinces, les propriétaires peuvent légalement adopter des pratiques discriminatoires contre des individus ayant des antécédents judiciaires, *ibid.* Mais ces obstacles ne sont pas le résultat de lois d'exclusion, *ibid.* Ils sont liés principalement à l'insuffisance des ressources des ex-détenus et le refus des propriétaires de louer à des personnes ayant un casier judiciaire. Ce sont donc des conséquences informelles, par opposition aux conséquences formelles que l'on rencontre dans d'autres pays (les États-Unis notamment).

⁵ Auparavant, nous devons préciser que cette étude s'appuie largement sur la discrimination dans l'emploi, le logement et l'éducation ou la formation, fondée sur le motif des antécédents judiciaires, n'abordant volontairement qu'en filigrane le droit de vote et autres conséquences collatérales de cette forme de discrimination.

⁶ Voir Human Rights Law Centre, *Realising the Right to Equality: The Human Rights Law Centre's Recommendations for the Consolidation and Reform of Commonwealth Anti-Discrimination Laws*, 2012 [*Realising the Right to Equality*]. Voir aussi Sarah Liriano et al, *National Criminal Justice Reference Service, Criminal careers of those born between 1953 and 1978*, Londres, Great Britain Home Office, 2011. Voir enfin Federation of Community Legal Centres, *Submission: Draft Model Spent Convictions Bill*, Consultation Paper, Victoria, 2009; Australian Law Reform Commission, *Spent Convictions*, ALRC 37, Canberra, Australian Government Publishing Service, 1987.

protégées ou non dépendamment de l'État où ils se trouvent⁷. Cette absence d'harmonisation est reflétée dans les mesures prises en matière de lois, politiques et pratiques pour atténuer la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires. En tenant pour critère principal de comparaison l'adoption ou non d'une approche de protection en matière de droits de l'homme⁸, il s'avère que certains États ont adopté des mesures de protection avancées⁹, par rapport à d'autres qui sont nettement à la traîne¹⁰. La discrimination fondée sur ce motif est profondément ancrée dans les lois, politiques et pratiques de bon nombre d'États. Plus encore, ces lois, politiques et pratiques nationales divergent largement dans leur approche sur la question. Cela soulève non seulement la problématique de l'éventualité et la viabilité d'une harmonisation de ce secteur par le droit international, mais aussi celle de la pertinence de la mise sur pied des guides ou orientations à l'adresse des États dans l'entreprise de réduction de la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires¹¹. En clair, comment le droit international a-t-il abordé le phénomène de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires? Autrement dit, peut-on clairement déduire du principe international général de non-discrimination une interdiction de la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires?

L'introduction du terme « discrimination » dans le droit international ne date pas d'hier. Elle a été faite d'abord au moyen de l'adoption de la *Charte des Nations unies* (ci-après « Charte ») et de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (ci-après « DUDH »), puis à travers l'adoption d'une série de conventions internationales relatives aux droits de l'homme¹². Les premiers instruments adoptés ont été on ne peut plus généraux. Puis, ont progressivement été adoptés des instruments juridiques plus spécifiques qui couvrent avec plus de précision des problèmes typiques de droits de l'homme. En effet, il y a eu en droit international des droits de l'homme un élan de spécification des instruments juridiques internationaux ou de réglementation spécifique d'un problème de droits de l'homme au moyen d'un instrument qui lui est

⁷ Par exemple, le casier judiciaire non pertinent (*irrelevant criminal record*) est considéré comme une classe protégée en Australie et au Canada. Le casier judiciaire n'est clairement pas une classe protégée notamment en Afrique du Sud, en Allemagne, en Norvège et au Royaume-Uni.

⁸ L'approche australienne et l'approche canadienne relatives à ce mode de discrimination s'articulent sur le plan des droits de l'homme, contrairement à celles de l'Afrique du Sud, de la Finlande, de la Norvège, du Royaume-Uni.

⁹ C'est le cas de l'Australie et du Canada. L'Australie offrirait la meilleure pratique dans ce domaine et ne saurait en emprunter à un autre pays si elle veut créer un standard de bonnes pratiques et mieux se conformer envers ses engagements internationaux en matière de non-discrimination. Voir Sean Selleck, Victoria Halliday et Philip Lynch, *Discrimination in Employment on the Basis of Criminal Record, Submission to the Human Rights and Equal Opportunity Commission Inquiry into Discrimination in Employment on the Basis of Criminal Record*, 2005 à la p 3 [Selleck, Halliday et Lynch].

¹⁰ Notamment l'Afrique du Sud, la Finlande, la Norvège, le Royaume-Uni.

¹¹ Si l'harmonisation peut s'avérer difficile, créer des guides et orientations permettrait déjà d'accompagner certains États dans la recherche de meilleurs standards pour améliorer sur le plan national la protection des individus ayant des antécédents judiciaires. Aujourd'hui, l'Australie ne saurait trouver de modèle à suivre parmi les autres pays car elle comporte des lois, politiques et pratiques parmi les plus avancées en cette matière (Selleck, Halliday et Lynch, *supra* note 9 à la p 31).

¹² Marc J Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976 à la p 12 [Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination*].

particulièrement voué, ou encore de spécification dans le discours international. Mais cet élan n'a pas encore atteint la situation non moins critique des individus ayant des antécédents judiciaires. Le choix et la fréquence de la prise en compte des différents motifs de discrimination valorisent plutôt la race et la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la langue, l'origine nationale, l'opinion politique et l'origine sociale.

Il y a eu, dans la société internationale, une réelle prise de conscience du fait que la discrimination dans ce domaine est problématique. Le Forum européen pour l'emploi des anciens délinquants n'estimait-il pas que beaucoup de personnes qui sortent chaque année de prison sont confrontées à de très sérieux problèmes de réinsertion sur le marché du travail¹³? Bien que la Commission européenne ait relevé quelques procédés au moyen desquels l'accès des anciens détenus au marché du travail peut être facilité, elle a refusé de traiter directement cette question qui, selon elle, n'aurait pas d'incidence particulière sur le droit à la libre circulation¹⁴. Cette question a aussi été soulevée au niveau international, notamment lors de la Conférence des organisations non gouvernementales ayant statut consultatif au Conseil économique et social des Nations unies (ci-après « ECOSOC »)¹⁵ à Genève en août 2003.

Malgré cette prise de conscience, la société internationale n'a pas encore réussi à mettre sur pied un véritable régime de protection pour ces personnes. En effet, contrairement aux personnes handicapées qui constituent une catégorie bien définie et protégée tant à l'échelle nationale qu'internationale, il n'y a pas de protection explicite dans les normes et standards internationaux pour les individus ayant des antécédents judiciaires. La construction de la catégorie « personne ayant des antécédents judiciaires » dans le droit international n'est, en vérité, pas moins atypique.

En ce qui concerne les individus ayant des antécédents judiciaires, la mise en œuvre du droit à la non-discrimination suppose trois considérations principales : le devoir des États de s'abstenir de discriminer sur le seul motif fondé sur les antécédents judiciaires; l'obligation des États de prendre des mesures appropriées pour protéger efficacement les individus ayant des antécédents judiciaires contre la discrimination fondée sur ce motif; et la protection de ce droit à la non-discrimination que possèdent les individus ayant des antécédents judiciaires au moyen de mesures de discrimination positive permettant la jouissance effective des droits concernés¹⁶.

Cette étude présentera l'approche de l'encadrement juridique international du phénomène de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires et quelques procédés utilisés pour son renforcement. Pour ce faire, elle met d'abord en exergue une réelle inadaptation de l'architecture normative internationale relative à

¹³ CE, *Questions écrites avec réponse, question écrite E-2362/99* par Stephen Hughes, 1999.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Selleck, Halliday et Lynch, *supra* note 9 à la p 29.

¹⁶ Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 18 relative au principe d'égalité*, Doc off CCPR NU, 37^e sess, Doc HRI/GEN/1/Rev9 (1989) au para 5 [*Observation générale n° 18*].

l'encadrement du phénomène de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires (I). Elle rappelle par la suite la contribution de la jurisprudence internationale, des instruments internationaux de la *soft law*, de la coutume et de la doctrine quant à la prise en compte des antécédents judiciaires comme motif de discrimination interdit (II). Elle présente enfin des éléments de bonnes approches étatiques et régionales en les posant comme des jalons nécessaires à une véritable initiative normative internationale portant spécifiquement sur le phénomène de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires (III).

I. L'inadaptation de l'architecture normative internationale

L'architecture normative internationale laisse apparaître un quasi-*vide juridique* en ce qui concerne l'encadrement juridique international de la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires. Cet état de choses se caractérise principalement par l'absence d'énonciation explicite des antécédents judiciaires comme motif de discrimination prohibé.

En effet, si les lois et politiques nationales antidiscriminatoires sont, de façon générale, déficientes quant à la protection accordée contre la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires, l'architecture juridique internationale l'est tout autant. Contrairement à l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, à l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, et à l'encadrement juridique international d'autres problèmes « préoccupants »¹⁷, l'encadrement juridique international du phénomène de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires n'a ni fait l'objet d'une convention internationale, ni même d'autre instrument normatif international spécifique pouvant être classé sous la catégorie des instruments dits de *soft law*. En clair, la construction actuelle des normes et standards internationaux relatifs aux droits de l'homme indique qu'il n'existe aucun instrument international juridiquement contraignant se rapportant spécifiquement et expressément à l'encadrement du phénomène de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires. On ne peut pas pour autant parler de véritable *vide juridique* à ce propos. En effet, bien qu'il n'y ait pas de référence explicite et précise à ce motif spécifique de discrimination dans les instruments juridiques internationaux actuels (A), il existe en revanche une référence implicite qui peut être utile pour ceux ayant des antécédents judiciaires (B).

A. L'absence de l'antécédent judiciaire dans les motifs expressément cités

Les motifs explicitement ou régulièrement cités dans les instruments juridiques internationaux interdisant la discrimination n'incluent pas les antécédents judiciaires. On y mentionne de manière explicite et régulière la race et la couleur, la

¹⁷ Qu'un phénomène soit dit préoccupant est bien évidemment soumis à la sagacité des acteurs de la société internationale.

religion ou la croyance, le sexe, la langue, l'origine nationale, l'opinion politique et l'origine sociale¹⁸. C'est, en tout cas, l'approche adoptée dans l'*International Bill of Human Rights* qui est issu de la *DUDH*; du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁹ (ci-après « *PIDCP* ») avec ses deux protocoles additionnels ainsi que du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*²⁰ (ci-après « *PIDESC* »). Cette approche tire sa source de la *Charte*.

L'énumération faite par la *Charte* inclut les motifs de discrimination interdits que sont la race, le sexe, la langue ou la religion. La *Charte* rappelle en son article 1, alinéa 3, que l'un des buts des Nations unies est de

[r]éaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion²¹.

Bien que la *DUDH* constitue la base de plusieurs instruments juridiques internationaux, notamment en matière de précision des motifs de discrimination interdits, elle n'en est pour autant pas la pionnière. Semblablement à la *Charte*, la *DUDH* explique la prégnance de cette approche d'énumération des motifs de discrimination interdits. Elle complète l'énumération de la *Charte* et, de l'avis de certains juristes, prend soin de l'enfermer dans une liste limitative²². En effet, la formule de la *DUDH* ne fait qu'écho à la *Charte*, notamment à son article 1, alinéa 3. La *DUDH*, base de plusieurs instruments juridiques internationaux relatifs aux droits de l'homme, dispose en son article 2, alinéa 1, que

[c]hacon peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente *Déclaration*, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation²³.

Dans les travaux préparatoires de la *DUDH*, plusieurs éléments ont été discutés en vue de leur prise en compte ou non parmi les motifs de discrimination interdits. Certains ont été retenus²⁴, d'autres non. Le motif des antécédents judiciaires n'a pas semblé attirer l'attention à cette époque. En revanche, des motifs nouveaux

¹⁸ Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination*, supra note 12 aux pp 51-56.

¹⁹ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976) [*PIDCP*].

²⁰ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 RTNU 3 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976) [*PIDESC*].

²¹ *Charte des Nations unies*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n° 7, art 1(3) [*Charte*].

²² Emmanuel Decaux, dir, *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques : Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2011 à la p 110.

²³ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés AG 217(III), Doc off AG NU, 3^e sess, supp n° 13, DOC NU A/810 (1948) 71, art 2(1) [*DUDH*].

²⁴ Les motifs de discrimination exprès interdits par la *DUDH* sont : la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune et la naissance.

apparaissent²⁵ et sont progressivement soumis à l'analyse des organes indiqués, en l'occurrence le Comité des droits de l'homme. Lors de son adoption, la *DUDH* n'est pas considérée comme un instrument parfait, ni du point de vue de sa rédaction, ni de celui de sa portée juridique. C'est d'ailleurs pour combler ces lacunes que les pactes de 1966 et les protocoles additionnels au *PIDCP* ont été mis sur pied²⁶. S'il est vrai que ces derniers ont fait avancer le droit, il l'est tout autant qu'ils n'ont pas totalement comblé le vide préexistant en la matière. Leur approche d'énonciation des motifs de discrimination interdits ne se démarque pas de celle adoptée dans la *DUDH*. Par un procédé analogue à la *DUDH*, les mêmes motifs ont été adoptés.

Le *PIDCP* ne contient pas de définition du terme « discrimination » et n'indique pas non plus ce qui constitue la discrimination. Le motif des antécédents judiciaires ne figure pas dans le texte de ce *Pacte*. Il ne figure pas non plus dans la liste des motifs exprès de discrimination interdits. L'article 2, alinéa 1, du *PIDCP* qui rappelle les motifs exprès de discrimination interdits est basé sur le projet d'article proposé par les États-Unis en 1949²⁷. Le texte actuel dudit article, objet de quelques modifications, a été adopté aussi sur proposition des États-Unis²⁸. Dans les travaux préparatoires du *PIDCP*, les discussions sur l'article 2, alinéa 1, n'ont pas inclus les motifs de discrimination interdits. Elles ont plutôt porté sur les éléments suivants : « individus, sur son territoire [et] distinction²⁹ ». L'interdiction de la discrimination dans l'article 2, alinéa 1, de la *DUDH* constitue la base de l'obligation qu'ont les États d'assurer les droits garantis par le *PIDCP* sans distinction aucune

[n]otamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation³⁰.

Il semble que les motifs de discrimination interdits n'ont pas été rediscutés lors des travaux préparatoires du *PIDCP*, s'inscrivant tout simplement dans la même veine que l'approche d'énonciation de la *DUDH*.

²⁵ À titre d'exemple, suite à la Conférence d'examen de Durban de 2009, la discrimination contre ceux vivant avec le VIH/Sida a été jugée comme problème sérieux (Rhona K M Smith, *Textbook on International Human Rights*, 6^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2013 à la p 214).

²⁶ Jacques Mourgeon n'affirmait-il pas que « la réalisation des buts des Nations Unies mentionnés dans la *Charte*, autant que le “coup d'envoi” donné lors de l'adoption de la *Déclaration universelle*, rendait indispensable, à plus ou moins long terme, l'élaboration de textes tels que les *Pactes* » (Jacques Mourgeon, « Les pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme » (1967) 13:13 AFDI 326 à la p 331.

²⁷ « Les Hautes parties contractantes s'engagent à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire les droits énoncés dans le présent *Pacte* » (Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Projet de Pacte international relatif aux droits de l'homme*, Doc off CES, 4^e sess, Doc NU E/CN.4/224 (1949).

²⁸ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Comptes rendus analytiques*, Doc off CES, 5^e sess, Doc NU E/CN.4/SR.194 (1950) au para 46.

²⁹ Marc J Bossuyt, *Guide to the « Travaux préparatoires » of the international covenant on civil and political rights*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1987 aux pp 52-56.

³⁰ *DUDH*, *supra* note 23, art 2(1).

Le *PIDESC* prévoit en son article 2, alinéa 2, que :

[I]es États parties au présent *Pacte* s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation³¹.

Encore une fois, le procédé est semblable à celui de la *DUDH*.

D'autres conventions internationales ou instruments juridiques internationaux viendront allonger la liste des motifs de discrimination interdits sans toutefois y inclure celui des antécédents judiciaires. La *Convention concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession* de l'Organisation internationale du travail (ci-après « OIT ») évoque la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'origine nationale ou l'origine sociale comme motifs de discrimination interdits en matière d'emploi. L'Organisation des Nations unies (ci-après « ONU ») a étendu l'interdiction de la discrimination sur le fondement de plusieurs autres motifs, soit la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (ci-après « *Convention sur l'élimination de la discrimination raciale* ») qui couvre sous le vocable « discrimination raciale » toute distinction, exclusion ou restriction sur la base de la race, de la couleur, de la descendance, de l'origine nationale ou ethnique; la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* qui vient interdire la discrimination à l'égard des femmes; et la *Convention relative aux droits des personnes handicapées* qui vise, entre autres objectifs, la prohibition de la discrimination fondée sur le motif du handicap.

B. L'inclusion implicite de l'antécédent judiciaire dans les motifs de discrimination prohibés

Comme au niveau national et régional³², de nouveaux motifs de discrimination interdits font leur apparition dans l'interprétation par des organes internationaux des instruments juridiques internationaux³³. Mais, aujourd'hui encore, la prise en compte des antécédents judiciaires comme motif de discrimination interdit en droit international vient du fait que, dans le droit international, l'énumération des

³¹ *PIDESC*, *supra* note 20, art 2(2).

³² L'adoption de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* en 2000 a ouvert la voie à l'énonciation par les textes européens d'autres motifs de discrimination interdits, visant notamment « les caractéristiques génétiques » et « un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

³³ Les critères comme l'âge, le handicap, les caractéristiques génétiques, l'orientation sexuelle, la nationalité, l'origine ethnique ou l'appartenance à une minorité ethnique sont couverts par d'autres motifs expressément mentionnés comme l'origine nationale ou sociale ou « autre situation ». Dans Comité des droits de l'homme, *Toonen c Australie*, Doc off CCPR, 5^e sess, Doc NU D/488/1992 (1994) au para 8.7, le Comité des droits de l'homme note que la référence au sexe doit être considérée comme incluant l'orientation sexuelle. Dans Comité des droits de l'homme, *Ibrahima Gueye et al v France*, Doc off CCPR, 37^e session, Doc NU D/196/1985 (1989) au para 9.4, le Comité des droits de l'homme a considéré la nationalité comme rentrant dans le cadre de « autre situation ».

motifs de discrimination interdits est généralement indicative et non limitative³⁴. Ce caractère indicatif se manifeste par l'emploi dans les instruments juridiques internationaux portant sur la non-discrimination des expressions telles qu'« autres situations », « toute personne » ou « autre chose ». Ces dernières indiquent que la liste n'est pas exhaustive et que d'autres motifs sont ou peuvent être inclus dans cette catégorie³⁵, ce qui ouvre le champ à l'inclusion du motif des antécédents judiciaires dans les prohibitions de la discrimination. Cette référence généralement implicite à la catégorie dont il est question ici n'a aucune incidence sur les implications juridiques. Ces dernières sont les mêmes : toutes les personnes couvertes par les motifs considérés et énumérés explicitement ou non jouissent ou devraient jouir des mêmes droits. Toutefois, cette énumération non explicite peut conduire à une interprétation fallacieuse des dispositions en question dans le but de ne pas inclure le motif des antécédents judiciaires. Les individus ayant des antécédents judiciaires constituent indubitablement un groupe marginalisé, mais qui ne jouit pourtant pas du même régime de protection que les individus membres de groupes historiquement victimes de la discrimination pour des motifs tels le sexe, l'origine ethnique ou les croyances religieuses. Les expressions générales telles qu'« autres situations », « autre chose » ou « toute personne » sont employées dans bon nombre d'instruments internationaux.

La *DUDH*, base de plusieurs instruments juridiques internationaux relatifs aux droits de l'homme, contient bon nombre de dispositions couvrant possiblement l'interdiction de la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires, notamment le droit au travail, la protection contre le chômage et le droit à un niveau de vie adéquat. Son article 23, alinéa 1, dispose que « toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage³⁶ ». Puis, l'article 25, alinéa 1, prévoit quant à lui que

[t]oute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté³⁷.

Nous pouvons raisonnablement en déduire que refuser ou appliquer des mesures limitant l'accès à l'emploi réduit la capacité à bénéficier d'un niveau de vie adéquat. Cependant, l'article 29 vient imposer quelques restrictions à la jouissance de ces droits. Il dispose en son alinéa 2 que

³⁴ La *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* est l'exemple parfait de convention internationale qui fait exception à la règle de l'énumération indicative des motifs de discrimination.

³⁵ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 20 sur la non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art 2, par 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, Doc off CES, 42^e sess, Doc NU E/C.12/GC/20 (2009) au para 15.

³⁶ *DUDH*, *supra* note 23, art 23(1).

³⁷ *Ibid*, art 25(1).

[d]ans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique³⁸.

Il s'agit là d'une autorisation de potentielles restrictions à l'accès à l'emploi lorsque celles-ci visent la garantie des droits et la sécurité d'autrui. Ces restrictions doivent cependant être appliquées au cas par cas, considérant qu'exclure tous les condamnés ou prévenus ne semble pas nécessaire pour tous ou la majorité des emplois. L'exclusion doit être liée à l'emploi, en rapport avec la spécificité de la peine, et lorsque cela est possible, l'obstacle ne doit pas être absolu.

Les deux *Pactes de 1966* couvrent des thèmes de droits de l'homme variés, contrairement à d'autres instruments qui sont plus spécifiques, mais qui bénéficient également des organes et de traités très prolifiques en termes d'instruments aidant à leur interprétation. Le *PIDCP* dispose en son article 2, alinéa 1, que

[I]es États parties au présent *Pacte* s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent *Pacte*, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation³⁹.

Son article 26 va bien plus loin que l'article 2. Il dispose en effet que

[t]outes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation⁴⁰.

Le *PIDESC* quant à lui prévoit en son article 2, alinéa 2, que

[I]es États parties au présent *Pacte* s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation⁴¹.

D'autres instruments juridiques internationaux essentiels concourent aussi à l'encadrement du phénomène de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires, à savoir la *Convention sur l'élimination de la discrimination raciale*⁴², les

³⁸ *Ibid*, art 29(2).

³⁹ *PIDCP*, *supra* note 19, art 2(1).

⁴⁰ *Ibid*, art 26.

⁴¹ *PIDESC*, *supra* note 20, art 2(2).

⁴² *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 7 mars 1966, 660 RTNU 195 (entrée en vigueur : 4 janvier 1969) [*Convention sur l'élimination de la discrimination raciale*].

conventions et les recommandations de l'OIT⁴³, la *Convention concernant la lutte*

⁴³ Dans le domaine du droit au travail, les conventions et recommandations de l'OIT sont d'une véritable pertinence. La *Convention (n° 111) concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession*, 25 juin 1958, 362 RTNU 5181 [*Convention n° 111*] contient des dispositions sur la non-discrimination d'une certaine pertinence pour la protection des individus ayant des antécédents judiciaires. Elle dispose en son article 1^{er} que : « aux fins de la présente convention, le terme discrimination comprend : (a) toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession; (b) toute autre distinction, exclusion ou préférence ayant pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession, qui pourra être spécifiée par le Membre intéressé après consultation des organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs, s'il en existe, et d'autres organismes appropriés ». L'expression « toute autre distinction, exclusion ou préférence », prévue au point « b » ci-dessus, ouvre la voie à la prise en compte de la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires. Il faut cependant tenir compte des exceptions prévues à l'alinéa 2 de cet article 1^{er}. Cet alinéa précise que : « les distinctions, exclusions ou préférences fondées sur les qualifications exigées pour un emploi déterminé ne sont pas considérées comme des discriminations ». L'article 4 autorise aussi quelques exceptions lorsqu'il prévoit que : « [n]e sont pas considérées comme des discriminations toutes mesures affectant une personne qui fait individuellement l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de l'État ou dont il est établi qu'elle se livre en fait à cette activité, pour autant que ladite personne ait le droit de recourir à une instance compétente établie suivant la pratique nationale ». Selon son article 2, « tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à formuler et à appliquer une politique nationale visant à promouvoir, par des méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux, l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, afin d'éliminer toute discrimination en cette matière ». La garantie aux individus ayant des antécédents judiciaires d'une égalité de traitement requiert de prendre des mesures positives, notamment la mise à leur disposition de certains services de soutien à la réinsertion. Il peut s'agir d'aides au logement, de la garantie d'emplois à ces individus, etc. Cet aspect particulier de la question n'est pas laissé de côté. En effet, les États parties à la *Convention n° 111* de l'OIT ont également l'obligation de prendre des mesures spécifiques afin de garantir l'égalité de traitement. Son article 3 dispose que : « tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur doit, par des méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux : (a) s'efforcer d'obtenir la collaboration des organisations d'employeurs et de travailleurs et d'autres organismes appropriés pour favoriser l'acceptation et l'application de cette politique; (b) promulguer des lois et encourager des programmes d'éducation propres à assurer cette acceptation et cette application; (c) abroger toute disposition législative et modifier toute disposition ou pratique administratives qui sont incompatibles avec ladite politique; (d) suivre ladite politique en ce qui concerne les emplois soumis au contrôle direct d'une autorité nationale; (e) assurer l'application de ladite politique dans les activités des services d'orientation professionnelle, de formation professionnelle et de placement soumis au contrôle d'une autorité nationale ». Cette recommandation, contrairement à celles qui sont autonomes ou qui ne sont liées à aucune convention, fait partie des celles qui complètent les conventions correspondantes de l'OIT. Cette convention va au-delà de la précision des motifs sur le fondement duquel la discrimination est prohibée. Elle laisse aussi une large place pour les États parties d'ajouter d'autres motifs de discrimination interdits (voir *Realising the Right to Equality*, *supra* note 6 à la p 21). L'Australie l'a fait en 1989 : elle a inclut plusieurs motifs, dont celui des antécédents judiciaires (*Australian Human Rights and Equal Opportunity Commission Regulations* de 1989). Ce règlement prévoit comme autres motifs l'âge; le dossier médical; la dépréciation; l'état civil; le handicap mental, intellectuel ou psychiatrique; la nationalité, le handicap physique; l'orientation sexuelle et l'activité syndicale. Les recommandations de l'OIT viennent aussi appuyer cette approche. Il faut évoquer que la *Recommandation de l'OIT concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession*, qui emprunte la définition de la *Convention n° 111* de 1958, reconnaît les mêmes droits et formule les mêmes exceptions. Voir Organisation internationale du travail, *Recommandation n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession*, 42^e sess, 1958 aux para 1, 3, 7, 9. Quant à l'exception, son champ n'est pas clairement limité, il est plutôt indicatif : il pourrait inclure l'espionnage, la trahison, ou tout acte criminel si l'on considère tous les actes criminels comme préjudiciables à la sécurité d'un système ordonné de loi. La *Recommandation de l'OIT n° 169*

contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement⁴⁴ (ci-après « *Convention de l'UNESCO sur l'éducation* ») et la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁴⁵ (ci-après « *CDE* »). Ils mentionnent presque tous l'interdiction aux États parties de discriminer en raison notamment de la religion, de l'opinion politique ou autre opinion, de la couleur, du sexe, de la langue, de la race, de l'origine nationale ou

concernant la politique de l'emploi vise également à interdire toute discrimination qui pourrait englober la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires. Est pertinent ici le paragraphe 7 selon lequel « les politiques, plans et programmes mentionnés aux paragraphes 3 et 4 de la présente recommandation devraient viser à éliminer toute discrimination et à assurer à tous les travailleurs l'égalité de chances et de traitement dans l'accès à l'emploi, les conditions d'emploi, les salaires et les revenus, ainsi que l'orientation, la formation et la promotion professionnelles » Organisation internationale du travail, *Recommandation n° 169 concernant la politique de l'emploi*, 70^e sess, 1984, au para 7. Ce paragraphe doit être lu conjointement avec le paragraphe 3 selon lequel « la promotion du plein emploi productif et librement choisi devrait constituer la priorité des politiques économiques et sociales des Membres et, là où cela est approprié, de leurs plans visant à satisfaire les besoins essentiels de la population, et devrait faire partie intégrante de ces politiques et de ces plans », *ibid*, au para 3; et le paragraphe 4 qui précise que « les Membres devraient accorder une attention particulière aux moyens les plus efficaces d'accroître l'emploi et la production et élaborer des politiques et, là où cela est approprié, des programmes visant à encourager l'accroissement de la production des biens et services essentiels et leur juste distribution, ainsi qu'une juste répartition des revenus dans tout le pays, afin de satisfaire les besoins essentiels de la population, conformément à la Déclaration de principes et au Programme d'action de la Conférence mondiale de l'emploi », *ibid* au para 4.

⁴⁴ Lorsque l'on aborde le droit à l'éducation des personnes ayant des antécédents judiciaires, il convient de rappeler la *Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement*, 14 décembre 1960, 429 RTNU 93, art 1 (entrée en vigueur : 22 mai 1962) [*Convention de l'UNESCO sur l'éducation*]. Cette *Convention* interdit la discrimination dans l'éducation à l'égard de « toute personne ou groupe », permettant quelques exceptions seulement qui ne couvrent pas la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires. L'article 2 de la *Convention de l'UNESCO sur l'éducation* dispose que « lorsqu'elles sont admises par l'État, les situations suivantes ne sont pas considérées comme constituant des discriminations au sens de l'article premier de la présente Convention : a. La création ou le maintien de systèmes ou d'établissements d'enseignement séparés pour les élèves des deux sexes, lorsque ces systèmes ou établissements présentent des facilités d'accès à l'enseignement équivalentes, disposent d'un personnel enseignant possédant des qualifications de même ordre, ainsi que de locaux scolaires et d'un équipement de même qualité, et permettent de suivre les mêmes programmes d'études ou des programmes d'études équivalents; b. La création ou le maintien, pour des motifs d'ordre religieux ou linguistique, de systèmes ou d'établissements séparés dispensant un enseignement qui correspond au choix des parents ou tuteurs légaux des élèves, si l'adhésion à ces systèmes ou la fréquentation de ces établissements demeure facultative et si l'enseignement dispensé est conforme aux normes qui peuvent avoir été prescrites ou approuvées par les autorités compétentes, en particulier pour l'enseignement du même degré; c. La création ou le maintien d'établissements d'enseignement privés, si ces établissements ont pour objet non d'assurer l'exclusion d'un groupe quelconque, mais d'ajouter aux possibilités d'enseignement qu'offrent les pouvoirs, publics, si leur fonctionnement répond à cet objet et si l'enseignement dispensé est conforme aux normes qui peuvent avoir été prescrites ou approuvées par les autorités compétentes, en particulier pour l'enseignement du même degré ». Elle énumère en outre les mesures que les États parties doivent prendre afin d'assurer l'égalité des chances et de traitement en matière d'éducation (*ibid*, art 3-4). Bien que la *Convention* ne se réfère pas explicitement aux personnes anciennement incarcérées ou aux personnes ayant des antécédents judiciaires, ces personnes rentrent sans aucun doute dans l'esprit de « toute personne ou groupe ». En d'autres termes, largement interprétée, cette *Convention* pourrait être d'une grande importance pour la protection du droit à l'éducation des personnes ayant des antécédents judiciaires.

⁴⁵ *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 RTNU 3 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990) [*CDE*].

sociale, de la fortune, de la naissance ou de « toute autre situation⁴⁶ ».

Il découle également de ces instruments une obligation d'adopter une approche positive à l'égard des personnes ayant des antécédents judiciaires. En effet, après l'interdiction des actes de discrimination, qui constituent à l'évidence des mesures négatives, ils se prononcent sur les mesures à prendre, les types de services de soutien qui devraient être offerts à ces personnes.

II. L'appui international à l'inclusion des antécédents judiciaires comme motif de discrimination interdit

La protection internationale des personnes ayant des antécédents judiciaires repose largement sur l'interprétation que l'on fait des instruments en vigueur, de l'ouverture qu'ils offrent et qu'on leur reconnaît. L'existence ou non d'outils offrant des directives dans l'œuvre d'interprétation et de mise en œuvre desdits instruments est déterminante. Le quasi vide que laissent les normes juridiques internationales est compensé tant bien que mal par des règles internationales éparses relevant de la *soft law*, de la jurisprudence internationale, de la coutume et d'une partie de la doctrine. Elles procèdent à une interprétation large des instruments juridiques internationaux en place. Contrairement aux traités, ces autres sources du droit s'avèrent plus précises et favorables à l'encadrement de la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires. En effet, elles postulent que la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires est susceptible d'être prohibée en vertu de la mention « toute autre situation⁴⁷ ». La jurisprudence internationale a clairement énoncé que l'expression « autres situations » se réfère à un groupe de personnes liées par leur statut commun, qui comprendrait clairement leur statut d'individus ayant des antécédents judiciaires⁴⁸. La jurisprudence de certaines Cours régionales s'inscrit dans le même sillon. En effet, la Cour interaméricaine des droits de l'homme (ci-après « CIDH ») et la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « CEDH ») ont établi que les traités internationaux sont des instruments vivants pour lesquels l'interprétation et la mise en œuvre doivent s'adapter à l'évolution de la société⁴⁹.

Dans cette œuvre d'interprétation large ou d'interdiction générale de la discrimination, il convient de retenir l'apport de la coutume, de la doctrine et la contribution essentielle des activités des principaux organes de droits de l'homme des Nations unies. L'importance de cette dernière contribution provient du fait que les différents comités institués pour assurer le suivi des principaux instruments juridiques internationaux relatifs aux droits de l'homme se prêtent à une interprétation d'instruments juridiques qui pourrait s'avérer utile à l'encadrement juridique du

⁴⁶ Voir *PIDCP*, *supra* note 19, art 2(1); *PIDESC*, *supra* note 20, art 2(2); *CDE*, *supra* note 45.

⁴⁷ Voir notamment *Realising the Right to Equality*, *supra* note 6 à la p 21.

⁴⁸ Sarah Joseph, Jenny Schultz et Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights : Cases, Materials and Commentary*, 2^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2004 à la p 689.

⁴⁹ Voir notamment *Affaire Atala Riffo et enfants (Chili)* (2012), Inter-Am Ct HR (Sér C) n^o 254, au para 83 [*Atala Riffo et enfants (Chili)*].

phénomène de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires. Sans prétendre à une quelconque exhaustivité, les interprétations élaborées par le Comité des droits de l'homme, le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels et le Comité sur les droits de l'enfant sont particulièrement pertinentes en l'espèce. Quant aux organes fondés sur la *Charte*, certains d'entre eux, dans leurs travaux, conclusions et recommandations faites aux États, manifestent eux aussi un intérêt pour la résolution du problème de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires. En cette matière, il convient de prêter aussi une attention particulière à la position exprimée par les titulaires de mandats de procédures spéciales de l'ONU; ces experts internationaux ayant reçu un mandat pour des questions spécifiques de droits de l'homme qui sont rattachées aux procédures spéciales du Conseil des droits de l'homme⁵⁰. Deux procédures spéciales ont une importance particulière ici : la procédure spéciale de l'ONU sur le logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant ainsi que sur le droit à la non-discrimination et la procédure spéciale de l'ONU sur le droit à l'éducation.

Il convient ici de rappeler l'apport des autres sources du droit susmentionnées selon les deux principales ou deux premières générations des droits de l'homme, à savoir les droits civils et politiques (A) et les droits économiques, sociaux et culturels (B).

A. Sur les fondements juridiques des droits civils et politiques des personnes ayant des antécédents judiciaires

La précision des droits de cette catégorie en rapport avec les individus ayant des antécédents judiciaires est faite, sans que cela soit exhaustif, par le Comité des droits de l'homme (1), la coutume internationale (2) et la doctrine (3).

1. LE COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME

Le Comité des droits de l'homme vient préciser le sens de certaines dispositions du *PIDCP*, apportant par le fait même quelques éléments nécessaires à la protection des personnes ayant des antécédents judiciaires. Le Comité des droits de l'homme va un peu plus loin que le *PIDCP* dans la mesure où il le complète et le précise. Comme l'a relevé le Comité, le *PIDCP* ne contient pas de définition du terme « discrimination », il n'indique pas non plus ce qui constitue la discrimination⁵¹. C'est le Comité qui l'a défini comme étant

[t]oute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autre, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, et ayant pour effet ou pour but de compromettre ou de

⁵⁰ La liste des mandats thématiques actuels des procédures spéciales du Conseil des droits de l'homme est disponible à l'adresse suivante : <<http://www.ohchr.org/FR/HRBodies/SP/Pages/Themes.aspx>>.

⁵¹ *Observation générale n° 18*, *supra* note 16 au para 6.

détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par tous, dans des conditions d'égalité, de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁵².

Quant au sens de l'expression « autre situation », le Comité n'a pas émis de commentaire consensuel et détaillé. Il préfère décider au cas par cas si une plainte soulève un motif pertinent de discrimination interdit⁵³. À ce propos, le Comité a reconnu les motifs suivants comme constituant cette « autre situation » : l'âge, la nationalité, la situation matrimoniale, la qualité d'enfant né hors mariage, le lieu de résidence, la distinction entre enfant légitime et enfant naturel, la distinction entre élèves d'école publique et d'école privée, la distinction entre travailleurs et les personnes sans emploi, la différence entre personnes effectuant leur service national obligatoire en tant que militaire ou non, la distinction entre différents types de ménages, les différences entre types d'emplois, et les différences entre types de propriétaires fonciers⁵⁴. En revanche, il ne reconnaît pas comme constituant une « autre situation » les éléments suivants : la distinction entre les salaires des prisonniers et des travailleurs ordinaires, la distinction entre entreprises aux fins de régulation et une distinction entre les régimes de pension pour les veuves de différents types de fonctionnaires⁵⁵. En bref, le Comité, comme il l'a rappelé dans son *Observation générale n° 18 relative au principe d'égalité en vertu du PIDCP* (ci-après « *Observation générale n° 18* ») de 1989, reste prêt à se prononcer sur l'inclusion ou la non-inclusion d'un élément nouveau dans les motifs de discrimination interdits, et ce, après que les États aient soumis cet élément à l'appréciation dudit Comité⁵⁶. Les éléments suivants permettront d'étayer davantage la position du Comité.

L'article 14, alinéa 7, du *PIDCP* prévoit que « nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays⁵⁷ ». Priver ceux ayant des antécédents judiciaires d'emploi, de logement, d'éducation ou de formation revient à reconduire pour la même infraction une peine qui a déjà été purgée. Contrairement à ce qui est prévu par certaines lois et politiques étatiques – notamment les directives de l'*Equal Employment Opportunity Commission* (ci-après « *EEOC* ») – ce droit s'applique à toutes les personnes anciennement condamnées et non uniquement aux membres des groupes protégés sur la base de leur race, leur couleur, leur religion, leur sexe ou leur origine nationale pour ce qui est de l'*EEOC*⁵⁸.

⁵² *Ibid* au para 7.

⁵³ Sarah Joseph et Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary*, 3^e éd. Oxford, Oxford University Press, 2013 à la p 771.

⁵⁴ *Ibid* aux pp 772-773.

⁵⁵ *Ibid* à la p 773.

⁵⁶ *Observation générale n° 18*, supra note 16 aux para 9, 11.

⁵⁷ *PIDCP*, supra note 19, art 14(7).

⁵⁸ L'*Equal Employment Opportunity Commission* applique le titre VII du *Civil Rights Act* de 1964. Celui-ci interdit la discrimination dans l'emploi fondée sur la race, la couleur, la religion, le sexe ou l'origine nationale. Avoir des antécédents judiciaires n'est pas répertorié au titre VII comme classe protégée. Voir *Equal Employment Opportunity Commission, EEOC Enforcement Guidance: Consideration of*

Dans son *Observation générale n° 18*, le Comité des droits de l'homme précise qu'alors qu'aux termes de l'article 2, les droits qui doivent être protégés contre la discrimination sont limités aux droits énoncés dans le *PIDCP*, l'article 26 ne pose pas une telle limite⁵⁹. Cet article 26 rappelle le principe d'égalité devant la loi et de non-discrimination. De l'avis du Comité

[l']article 26 ne reprend pas simplement la garantie déjà énoncée à l'article 2, mais prévoit par lui-même un droit autonome. Il interdit toute discrimination en droit ou en fait dans tout domaine règlementé et protégé par les pouvoirs publics. L'article 26 est par conséquent lié aux obligations des États parties en ce qui concerne leur législation et l'application de celle-ci. Ainsi, lorsqu'un État partie adopte un texte législatif, il doit, conformément à l'article 26, faire en sorte que son contenu ne soit pas discriminatoire. En d'autres termes, l'application du principe de non-discrimination énoncé à l'article 26 n'est pas limitée aux droits stipulés dans le *Pacte*⁶⁰.

Cet article 26, poursuit le Comité, ne doit prendre en compte que des « motifs pertinents ». Le Comité des droits de l'homme reconnaît dans la même observation générale que le principe d'égalité au sens du *PIDCP*

suppose parfois de la part des États parties l'adoption de mesures en faveur de groupes désavantagés, visant à atténuer ou à supprimer les conditions qui font naître ou contribuent à perpétuer la discrimination interdite par le *Pacte*⁶¹.

C'est là une invitation explicite aux États parties à prendre des mesures spécifiques pour régulariser la situation en cause, notamment la condition d'une certaine partie de la population qui entrave ou empêche la jouissance par elle des droits de l'homme⁶².

Ce Comité fait aussi référence à la prohibition de la discrimination fondée sur ce motif dans ses observations finales. Il donne en effet l'exemple à suivre en cette matière. Il s'est prononcé sur une affaire ouverte devant la Commission nationale sud-coréenne des droits de l'homme, l'affaire *Min-Kyu Jeong et al v The Republic of Korea* liée à la discrimination au travail sur la base des antécédents

Arrest and Conviction Records in Employment Decisions Under Title VII of Civil Rights Act of 1964, 2012, en ligne : US Equal Employment Opportunity Commission <http://www.eeoc.gov/laws/guidance/arrest_conviction.cfm>. Il faut noter au demeurant que les États-Unis se conforment peu à peu au *PIDCP*. Il y a des rapports alternatifs (*Shadow Reports*) des États-Unis qui considèrent la discrimination sur la base des antécédents judiciaires comme des violations des articles 2 et 26 du *Pacte*. Voir Lawyer's Committee for Civil Rights Under Law, *Report on Perspectives on US compliance with the international covenant on civil and political rights – In preparation of the fourth country review of the United States by the United Nations Human Rights Committee*, 2013, en ligne : Lawyers Committee Civil Rights Under Law <<http://www.lawyerscommittee.org/admin/site/documents/files/ICCPR-Shadow-Report-Lawyers-Committee.pdf>>.

⁵⁹ *Observation générale n° 18*, *supra* note 16 au para 12.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid* au para 10.

⁶² *Ibid.*

judiciaires⁶³. L'interdiction de la discrimination sur la base des antécédents judiciaires dans ce cas était subsidiaire à la demande du Comité des droits de l'homme de ne pas violer à nouveau le *PIDCP* et de nettoyer le casier judiciaire des personnes anciennement incarcérées dont il est question ici⁶⁴.

L'interdiction de la discrimination sur la base des antécédents judiciaires est plus explicite dans les observations finales du Comité des droits de l'homme suite à l'examen des cinquième et sixième rapports périodiques de l'Équateur⁶⁵, lors de ses 2667^e et 2668^e sessions tenues les 19 et 20 octobre 2009⁶⁶. Le Comité des droits de l'homme reconnaissait que

[l']État partie devrait prendre les mesures voulues pour garantir le respect dans la pratique du principe de non-discrimination au motif des antécédents judiciaires énoncé dans la Constitution. À la lumière du paragraphe 5 de l'*Observation générale n° 15* sur la situation des étrangers au regard du *Pacte*, le Comité rappelle à l'État partie que, même si le *Pacte* ne reconnaît pas aux étrangers le droit d'entrer sur le territoire d'un État partie ou d'y séjourner, un étranger peut, dans certaines situations, bénéficier de la protection du *Pacte*, y compris en ce qui concerne l'entrée ou le séjour, lorsque des considérations relatives à la non-discrimination, à l'interdiction des traitements inhumains et au respect de la vie familiale entrent en jeu⁶⁷.

Ceci signifie que le Comité va bien au-delà de la réaffirmation de l'interdiction de la discrimination à l'égard et entre les nationaux fondée sur le motif des antécédents judiciaires en établissant l'interdiction de cette même pratique contre les étrangers. En d'autres termes, tous ceux qui se trouvent légalement ou illégalement sur le territoire d'un État partie sont, sous certaines conditions, bénéficiaires d'une protection et des services sans discrimination sur le fondement du motif des antécédents judiciaires.

2. LE DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

Le droit international coutumier procède aussi à l'interdiction générale de la discrimination. En effet, le *PIDCP* garantit le droit à l'égalité et à la non-discrimination⁶⁸ et il compte à ce jour cent soixante-huit États parties. Tous les États

⁶³ Comité des droits de l'homme, *Min-Kyu Jeong et al v The Republic of Korea*, Doc off CCPR, 101^e sess, Doc NU 1642-1741/2007 (2011). Le comité exigeait ici d'éviter à l'avenir les violations du *Pacte*, notamment la violation de l'objection de conscience au service militaire obligatoire qui a été développé comme un droit de l'homme.

⁶⁴ Comité des droits de l'homme, *Rapport du Comité des droits de l'homme*, Doc off AG NU, 66^e sess, supp n° 40, Doc NU A/68/40 (2013).

⁶⁵ Comité des droits de l'homme, *Examen des rapports soumis par les États parties en application de l'article 40 du Pacte. Observations finales du Comité des droits de l'homme, Équateur*, Doc NU CCPR/C/EQU/5 (2009).

⁶⁶ Comité des droits de l'homme, *Examen des rapports soumis par les États parties en application de l'article 40 du Pacte. Observations finales du Comité des droits de l'homme, Équateur*, Doc NU CCPR/C/SR (2009).

⁶⁷ *Ibid* au para 18.

⁶⁸ Voir plus loin dans les développements.

n'ont pas l'obligation de le respecter en vertu de ce seul instrument juridique. Mais ce droit à l'égalité a été reconnu par la Cour internationale de justice comme norme de droit international coutumier⁶⁹; un droit à l'égalité qui couvre bien entendu la situation des individus ayant des antécédents judiciaires. Le droit international coutumier trouve donc toute sa pertinence en cette matière. Mais comme le rappellent Sean Selleck, Victoria Halliday et Philip Lynch, cette garantie ne s'applique pas au niveau des antécédents judiciaires⁷⁰. Les États ne prennent pas toujours les mesures nécessaires pour en assurer l'effectivité.

3. LA DOCTRINE

L'article 26 du *PIDCP* est interprété par plusieurs juristes comme prohibant la discrimination contre des individus fondée sur quelque motif que ce soit⁷¹, soit, autrement dit, une interdiction générale de la discrimination. L'article 2, alinéa 1, interdit la discrimination sur les motifs qu'il énumère et l'article 26 exclut tout simplement les distinctions de nature discriminatoire. Comme le rappelle Manfred Nowak, « dans les deux cas, les distinctions sont interdites comme discriminatoires seulement lorsqu'elles ne sont pas basées sur des critères objectifs et raisonnables⁷² ».

B. Sur les fondements juridiques des droits économiques, sociaux et culturels des personnes ayant des antécédents judiciaires

Cette génération des droits de l'homme est couverte globalement par le *PIDESC*. Il convient de rappeler quelle interprétation est faite de cet instrument au regard des personnes ayant des antécédents judiciaires (1). Il leur est reconnu des droits plus spécifiques, notamment ceux les plus menacés du simple fait de la détention d'antécédents judiciaires (2) et aussi bien d'autres droits (3).

⁶⁹ Voir *Legal Consequences for States of the Continued Presence Of South Africa in Namibia (South-West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution n° 276 (1970)*, Avis consultatif, [1971] CIJ Rec 16. Voir aussi *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v Spain) Second Phase*, Ordonnance du 5 février 1970, [1970] CIJ Rec 3.

⁷⁰ Selleck, Halliday et Lynch, *supra* note 9 à la p 14.

⁷¹ Legal Information Access Centre, *Hot Topics n° 75: Discrimination*, 2010 à la p 6, en ligne : Legal Answers <http://www.legalanswers.sl.nsw.gov.au/hot_topics/pdf/discrimination_75.pdf>.

⁷² « In both cases, distinctions are prohibited as discriminatory only when they are not supported by reasonable and objective criteria ». Voir Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2^e éd, Kehl, NP Engel, 2005 aux pp 45-46.

1. L'INTERPRÉTATION FAITE DU *PIDESC* AU REGARD DES PERSONNES AYANT DES ANTÉCÉDENTS JUDICIAIRES

Plusieurs articles du *PIDESC* pourraient être utiles à la protection des individus ayant des antécédents judiciaires. Ceci comprend les articles 4⁷³, 6⁷⁴, 9⁷⁵, 11⁷⁶, 12⁷⁷ et 13⁷⁸. Le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels, dans

⁷³ L'article 4 du *PIDESC* dispose que « les États parties au présent *Pacte* reconnaissent que, dans la jouissance des droits assurés par l'État conformément au présent *Pacte*, l'État ne peut soumettre ces droits qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure compatible avec la nature de ces droits et exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique ». Voir *PIDESC, supra* note 20, art 4. En effet, l'exclusion des anciens délinquants de l'accès à l'emploi ne favorise aucunement le bien-être social; elle exalte la récidive. Le sous-emploi qui touche gravement le cercle des anciens détenus a des implications directes sur la récidive; le premier exacerbe le second. À cet effet, voir John H Laub et Robert J Sampson, « Understanding Desistance from Crime » (2001) 28 *Crime and Justice* 1; *Second Chance Act of 2007* 42 USC au para 3(b)(19) et au para 17501(b)(19) (Supp 2011). Il en va de même pour la perpétuation de la pauvreté dans certaines communautés, en l'occurrence les communautés minoritaires comme les communautés afro-américaines et hispaniques aux États-Unis. Néanmoins, les restrictions, lorsqu'elles sont liées à la nature du crime ou de l'emploi, bien qu'elles puissent être un moyen de limiter l'accès à l'emploi, pourraient aussi promouvoir le bien-être général. Il faut cependant que celles-ci satisfassent les critères d'objectivité, de raisonabilité et de légitimité de l'objectif poursuivi. Ces critères ont été définis par le Comité des droits de l'homme (voir *Observation générale n° 18, supra*, note 16 au para 13). Considérant que la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires affecte sérieusement les individus qui la subissent dans l'accès à l'emploi et à la formation, protéger le droit au travail, à l'orientation et à la formation de ces derniers devient une nécessité.

⁷⁴ L'article 6 du *PIDESC* dispose que « 1. Les États parties au présent *Pacte* reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'à toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit. 2. Les mesures que chacun des États parties au présent *Pacte* prendra en vue d'assurer le plein exercice de ce droit doivent inclure l'orientation et la formation techniques et professionnelles, l'élaboration de programmes, de politiques et de techniques propres à assurer un développement économique, social et culturel constant et un plein emploi productif dans des conditions qui sauvegardent aux individus la jouissance des libertés politiques et économiques fondamentales », *PIDESC, supra* note 20, art 6.

⁷⁵ L'article 9 du *PIDESC* reconnaît le droit qu'à toute personne à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales. Le logement constitue un véritable problème tant en ce qui concerne le secteur public (prestations de sécurité sociale/aides publiques) que le secteur privé; beaucoup de propriétaires sont réticents à louer à d'anciens détenus. Voir *PIDESC, supra* note 20, art 9.

⁷⁶ Cet article sur le droit à un niveau de vie suffisant, le droit d'être à l'abri de la faim et la sécurité alimentaire, trouve aussi sa pertinence lorsqu'on veut rompre avec cette forme de discrimination. Son alinéa 1 sur le droit à un niveau de vie suffisant pour soi-même et pour sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, revêt une importance toute particulière. Conformément à cet article, le plus complet et certainement le plus important de ceux relatifs au droit à un logement adéquat : « les États parties au présent *Pacte* reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence ». Voir *PIDESC, supra* note 20, art 11(1). Voir également Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 4 sur le droit à un logement suffisant (art 11, paragraphe 1, du PIDESC)*, Doc off CES NU, 6^e sess, annexe III point 114, Doc NU E/1992/23 (1991) au para 3 [*Observation générale n° 4*].

⁷⁷ L'article 12 sur le droit à la jouissance du meilleur état de santé physique et mental, est également important ici, considérant que les adultes chômeurs peuvent avoir des difficultés à maintenir à la fois leur niveau de vie et leur santé. L'éducation ou la formation, le plus souvent non accessible aux individus ayant des antécédents judiciaires est largement régie par le *PIDESC*. Voir *PIDESC, supra* note 20, art 12.

son *Observation générale n° 20 relative à la non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels* qui constitue une analyse des obligations des États membres sous le *PIDESC* vient en soutien à l'application de l'article 2, alinéa 2, de celui-ci aux individus ayant des antécédents judiciaires. Il précise que :

[L]a discrimination varie selon les contextes et les époques. La catégorie « toute autre situation » doit donc être interprétée de façon souple afin de rendre compte d'autres formes de traitement différencié qui n'ont pas de justification raisonnable et objective et sont comparables aux motifs que le paragraphe 2 de l'article 2 cite expressément⁷⁹.

Ce Comité a, dans ses observations générales et ses observations finales, proposé une autre liste, une fois de plus non exhaustive, des motifs de discrimination interdits. Celle-ci comprend : le handicap, l'âge, la nationalité, la situation matrimoniale et familiale, l'orientation sexuelle et l'identité sexuelle, l'état de santé, le domicile, et la situation économique et sociale⁸⁰. Il rappelle que d'autres motifs interdits éventuels pourraient concerner la privation de la capacité juridique d'une personne au motif qu'elle est emprisonnée ou a été hospitalisée d'office dans une institution psychiatrique, ainsi que le recoupement de deux motifs de discrimination interdits, lorsque, par exemple, l'accès à un service social est refusé à raison du sexe et du handicap⁸¹. Il n'y a donc pas de liste exhaustive des motifs de discrimination interdits.

2. QUELQUES DROITS SPÉCIFIQUES

Les droits de cette catégorie dont la jouissance est très souvent compromise sont le droit au travail, le droit à l'éducation et le droit au logement.

Le *PIDESC* renforce le droit de chacun à l'éducation et le Comité interprète l'article du *PIDESC* sur l'interdiction de la discrimination dans l'éducation à la lumière de la *Convention de l'UNESCO sur l'éducation*⁸². Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels s'est prononcé sur ce droit. En effet, dans la droite ligne de l'article 13 du *PIDESC* sur le droit de chacun à l'éducation, l'*Observation générale n° 13 relative au droit à l'éducation* du Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels souligne ce droit et rappelle ses caractéristiques importantes, parmi lesquelles le critère d'accessibilité. Sur ce point, elle reconnaît que « les établissements d'enseignement et les programmes éducatifs doivent être accessibles à

⁷⁸ L'article 13 qui stipule le droit de chacun à l'éducation, article le plus développé et le plus long du *Pacte* (voir *PIDESC*, *supra* note 20, art 13) peut aussi être utile ici.

⁷⁹ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 20 sur la non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels* (art 2, paragraphe 2, du *PIDESC*), Doc off CES NU, 42^e sess, Doc NU E/C.12/GC/20 (2009) au para 27.

⁸⁰ *Ibid* aux para 9-12.

⁸¹ *Ibid* au para 27.

⁸² Voir plus haut, les développements sur le *PIDESC* et l'interdiction de la discrimination sur la base des antécédents judiciaires.

tout un chacun, sans discrimination, à l'intérieur de la juridiction de l'État partie⁸³ ». Cette observation générale n'accepte pas de discrimination sur la base du motif des antécédents judiciaires⁸⁴. Sur la contribution des organes fondés sur la *Charte*, il faut rappeler que le mandat de la procédure spéciale de l'ONU sur le droit à l'éducation, pour ne citer que celui-ci, et comme défini par la Commission des droits de l'homme, comprend le mandat de : « promouvoir l'élimination de toutes les formes de discrimination dans l'éducation⁸⁵ ». Bien que, il y a de cela quelques années, le titulaire du mandat de la procédure spéciale de l'ONU sur le droit à l'éducation a décidé de « concentrer son attention sur les groupes traditionnellement marginalisés et vulnérables à la discrimination dans le domaine de l'éducation⁸⁶ », de la création de son mandat en 1998 à l'année 2013, il n'a pas encore été plus loin que l'appel au respect et à la garantie du droit à l'éducation des personnes en détention⁸⁷, abandonnant ainsi le cas tout aussi critique des personnes anciennement incarcérées⁸⁸.

Le droit au logement, particulièrement le droit à un logement suffisant, dérivé du droit à un niveau de vie adéquat, est souvent limité dans sa jouissance par les personnes ayant des antécédents judiciaires. Mais le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels reconnaît son importance centrale à la jouissance des droits économiques, sociaux et culturels⁸⁹. Dans son *Observation générale n° 4 relative au droit à un logement suffisant*, il note que

[l]e droit à un logement suffisant s'applique à tous. [...] En outre, les individus, comme les familles, ont droit à un logement convenable sans distinction d'âge, de situation économique, d'appartenance à des groupes ou autres entités ou de condition sociale et d'autres facteurs de cette nature. Notamment, la jouissance de ce droit ne doit pas, en vertu du paragraphe 2 de l'article 2 du *Pacte*, être soumise à une forme quelconque de discrimination⁹⁰.

Cette observation générale souligne également la question de l'accessibilité et reconnaît que

⁸³ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 13 sur le droit à l'éducation (art 13 du PIDESC)*, Doc off CES NU, 21^e sess, Doc NU E/C.12/1999/10 (1999) au para 6(b).

⁸⁴ Lire conjointement *ibid* au para 32-37.

⁸⁵ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Résolution 1998/33*, Rés CES NU, 51^e séance, Doc off CES NU, Doc NU 1998/33 (1998) au para 6(a)(iii).

⁸⁶ Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'éducation : le droit des détenus à l'éducation*, Doc off AG NU, 11^e sess, Doc NU A/HRC/11/8 (2009) au para 2.

⁸⁷ Le titulaire du mandat de la procédure spéciale sur le droit à l'éducation a préparé un rapport pour un groupe spécifique de personnes marginalisées : les personnes en détention. Il apporte des éléments d'information aux gouvernements et autres parties intéressées et contribue à l'élaboration des pratiques optimales afin que le droit à l'éducation des personnes en détention soit effectivement respecté. Voir le *Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'éducation*, *supra* note 86.

⁸⁸ Pour la liste exhaustive des rapports du Rapporteur spécial sur le droit à l'éducation, voir Right to Education Project : <www.right-to-education.org>.

⁸⁹ *Observation générale n° 4*, *supra* note 76 au para 1.

⁹⁰ *Ibid* au para 6.

[I]es groupes défavorisés doivent avoir pleinement accès, en permanence, à des ressources adéquates en matière de logement. Ainsi, les groupes défavorisés tels que les personnes âgées, les enfants, les handicapés physiques, les incurables, les séropositifs, les personnes ayant des problèmes médicaux chroniques, les malades mentaux, les victimes de catastrophes naturelles, les personnes qui vivent dans des régions à risques naturels et d'autres groupes devraient bénéficier d'une certaine priorité en matière de logement⁹¹.

Une fois de plus, l'on emploie les expressions « autre situation » ou « autres groupes ». L'on pourrait en déduire que cela requiert d'aller plus loin pour considérer qu'il devrait être réservé aux personnes ayant des antécédents judiciaires une certaine priorité en matière de logement. Bien plus, le titulaire du mandat de la procédure spéciale de l'ONU sur le logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant ainsi que sur le droit à la non-discrimination à cet égard a exhorté les États à respecter leurs obligations en vertu du *Pacte* ou à ratifier le *Pacte*. À la suite de sa visite aux États-Unis, il a recommandé à cet État d'interdire l'utilisation par le gouvernement fédéral de critères tels que les tests de dépistage et les casiers judiciaires, pour avoir accès à un logement subventionné⁹². Il a également encouragé les États-Unis à ratifier le *PIDESC*⁹³ qui interdit, selon la lecture que l'on en fait, la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires. Il exhorte également les États à prendre des mesures afin de garantir l'égalité et la non-discrimination. Il affirme que

[i]l convient de prendre des mesures spéciales pour remédier à la discrimination et assurer la réalisation du droit à un logement convenable pour les groupes les plus défavorisés, notamment par des mesures renforçant la sécurité d'occupation pour ceux qui ont un statut précaire ou par la priorisation de la reconstruction de logements et la fourniture d'un autre logement, notamment de logements sociaux ou du secteur public, aux plus vulnérables⁹⁴.

Dans son rapport du 9 août 2010, il déclarait que

[I]a non-discrimination et l'égalité impliquent également que les États sont tenus de reconnaître et de répondre aux différences et aux besoins spécifiques de groupes qui connaissent des problèmes particuliers en matière de logement ou qui, historiquement, ont fait l'objet de discriminations en matière d'accès au logement et aux services essentiels fournis par l'État ou par des acteurs privés. L'obligation d'assurer la non-discrimination passe dès lors par l'application de mesures positives de protection à l'égard de certains groupes, même en situation d'urgence ou de

⁹¹ *Ibid* au para 8(e).

⁹² Conseil des droits de l'homme, *Rapport présenté par Raquel Rolnik, Rapporteuse spéciale sur le logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant ainsi que sur le droit à la non-discrimination à cet égard, Additif, Mission aux États-Unis d'Amérique*, Doc off AG NU, 13^e sess, Doc NU A/HRC/13/20/Add.4 (2010) au para 104.

⁹³ *Ibid* au para 108.

⁹⁴ Conseil des droits de l'homme, *Rapport de la Rapporteuse spéciale des Nations unies sur le droit à un logement convenable*, Doc off AG NU, 66^e sess, Doc NU A/66/270 (2011) à la p 25.

pénurie de ressources⁹⁵.

Les personnes ayant des antécédents judiciaires pourraient donc être incluses dans les groupes susmentionnés.

3. AUTRES DROITS OU MESURES DE PROTECTION

L'on y inclut, sans que cela soit exhaustif, des droits ou mesures de protection en matière de discrimination raciale et de protection des droits de l'enfant. La *Convention sur l'élimination de la discrimination raciale* dispose en son article 5, alinéa e, paragraphe i, que

[c]onformément aux obligations fondamentales énoncées à l'article 2 de la présente *Convention*, les États parties s'engagent à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toutes ses formes et à garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique, notamment dans la jouissance des droits suivants. [...] Droits au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail, à la protection contre le chômage, à un salaire égal pour un travail égal, à une rémunération équitable et satisfaisante⁹⁶.

À priori, cet article semble ne pas trouver application ici. C'est une énumération limitative des motifs de discrimination qui est faite ici, allant purement et simplement dans le sens de la *Convention* qui est en réalité l'exemple parfait de convention internationale qui fait exception à la règle de l'énumération indicative des motifs de discrimination. Toutefois, lorsque l'on évoque la *Convention sur l'élimination de la discrimination raciale*, il convient de rappeler également la relation qui existe entre les antécédents judiciaires et la question de la discrimination à l'encontre des Afro-Américains et les Blancs hispaniques aux États-Unis, pour ne parler que de ce pays. En effet, la discrimination sur la base des antécédents judiciaires pourrait être perçue comme une forme indirecte de discrimination raciale si l'on tient compte du fait que les Afro-Américains et les Blancs hispaniques sont les plus représentés dans les prisons américaines⁹⁷, et surtout qu'une fois sortis de prison,

⁹⁵ Conseil des droits de l'homme, *Rapport annuel de la Rapporteuse spéciale sur le droit à un logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant*, Doc off AG NU, 66^e sess, Doc Off A/65/261 (2010) au para 27.

⁹⁶ *Convention sur l'élimination de la discrimination raciale*, supra note 42, art 5(e)(i).

⁹⁷ Le rapport mondial de 2011 de Human Rights Watch fait état de ces disparités raciales au sein du système de justice pénale des États-Unis, relevant notamment que les minorités raciales et ethniques continuent d'être représentées de manière disproportionnée au sein du système de justice pénale. Les Blancs et les Afro-Américains commettent des délits liés aux stupéfiants dans des proportions plus ou moins équivalentes, et les Afro-Américains ne représentent qu'environ 13 % de la population américaine; pourtant 45 % des individus incarcérés dans les prisons d'État pour infractions liées aux stupéfiants en 2009 étaient Afro-Américains; 27 % seulement étaient Blancs. Voir Human Rights Watch, *Rapport mondial de 2011*, 2011, en ligne: Human Rights Watch <http://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/wr2011-french.pdf> à la p 160. En 2010, les Afro-Américains représentaient environ 13 % de la population américaine et les Blancs hispaniques environ 9 %, contre environ 64 % de Blancs non hispaniques. Or, en 2012, la population carcérale des États-Unis était répartie comme suit : 45.8 % de Blancs non hispaniques, 36.9 % d'Afro-Américains et

ils rencontrent plus de difficultés à obtenir un emploi que leurs homologues Blancs⁹⁸. Cette interprétation est d'ailleurs largement répandue et la discrimination dans l'emploi fondée sur le motif des antécédents judiciaires est nettement considérée comme exacerbant les inégalités raciales, aux États-Unis notamment⁹⁹. La discrimination indirecte survient lorsque l'effet de la Loi est de discriminer et non lorsque la discrimination est le but ostensible de la Loi¹⁰⁰. Le Comité des droits de l'homme va dans le même sens et le précise si bien dans l'affaire *Althammer v Austria*¹⁰¹. Mais l'effet de l'article 5 a été réduit, non seulement du fait de son acceptation, mais aussi du fait de sa mise en œuvre. Les États-Unis, par exemple, ont formulé une réserve à « l'article 5 à l'égard de la conduite privée, sauf comme l'exigent la Constitution et les lois des États-Unis¹⁰² ».

D'après la *CDE*, les antécédents judiciaires ne doivent pas constituer un motif de discrimination contre les enfants. L'article 2, alinéa 1, de cette *Convention* dispose que

15.1 % de Blancs hispaniques. Voir É-U, Bureau of Justice Statistics, *Jail Inmates at Midyear 2012: Statistical Tables (NCJ 241264)*, Washington (DC), US Government Printing Office, 2013.

⁹⁸ Une fois condamnés, les Afro-Américains rencontrent une plus grande résistance de la part des employeurs que des Blancs dans la même situation. Voir Devah Pager, Bruce Western et Naomi Sugie, « Sequencing Disadvantage: Barriers to Employment Facing Young Black and White Men with Criminal Records » (2009) 623 *Annals of the American Academy of Political and Social Sciences* 195; Devah Pager, « Double Jeopardy: Race, Crime, and Getting a Job » (2005) 2 *Wis L Rev* 617 aux pp 644-45. C'est aussi le cas pour les Hispaniques.

⁹⁹ Michael Connert, « Employer discrimination against individual with a criminal record: the unfulfilled role of State fair employment agencies » (2011) 83 *Temp L Rev* 1007 à la p 1014.

¹⁰⁰ Sarah Joseph et Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary*, 3^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2013 à la p 777.

¹⁰¹ « Les auteurs affirment être victimes d'une discrimination parce que la suppression de l'allocation de foyer les touche plus fortement, en tant que retraités, qu'elle ne touche les employés en activité. Le Comité rappelle qu'une violation de l'article 26 peut également résulter de l'effet discriminatoire d'une règle ou d'une mesure apparemment neutre ou dénuée de toute intention discriminatoire. Toutefois, on ne peut dire qu'une telle discrimination indirecte est fondée sur les motifs énumérés à l'article 26 du *Pacte* que si les effets préjudiciables d'une règle ou d'une décision affectent exclusivement ou de manière disproportionnée des personnes particulières en raison de leur race, couleur, sexe, langue, religion, opinion politique ou toute autre opinion, origine nationale ou sociale, fortune, naissance ou toute autre situation. En outre, des règles ou décisions ayant une telle incidence ne constituent pas une discrimination si elles sont fondées sur des motifs objectifs et raisonnables. En l'occurrence, la suppression de l'allocation mensuelle de foyer conjuguée à l'augmentation de la prestation pour enfant est préjudiciable, non seulement aux retraités, mais aussi aux salariés en activité n'ayant pas (encore ou plus) d'enfants dans la tranche d'âge pertinente, et les auteurs n'ont pas démontré que l'incidence de ces mesures pour eux avait un caractère disproportionné. À supposer même, à titre d'hypothèse, qu'une telle incidence puisse être démontrée, le Comité considère que la mesure, comme l'ont souligné les juridictions autrichiennes (para 2.3 ci-dessus) était fondée sur des motifs objectifs et raisonnables. Pour ces raisons, le Comité conclut que, dans les circonstances de la présente affaire, la suppression de l'allocation mensuelle de foyer, même examinée à la lumière des modifications antérieures du Règlement régissant les conditions d'emploi des salariés de la Caisse de prévoyance, ne peut être considérée comme une discrimination telle qu'interdite à l'article 26 du *Pacte* ». *Rupert Althammer et consorts c Autriche*, Doc off CCPR, 78^e sess, annexe, Doc NU CCPR/C/78/D/998/01 (2003) au para 10.2.

¹⁰² Ce point a déjà été discuté à maintes reprises. Les États-Unis soutiendront que l'obligation est réduite, tandis que les groupes de droits de l'homme feraient valoir l'idée selon laquelle la réserve n'est pas valide dans la mesure où elle viole l'objet et le but de la convention.

[I]es États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente *Convention* et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation¹⁰³.

L'un des aspects les plus remarquables ici est que des mesures spécifiques existent pour la protection des enfants après que ceux-ci aient séjourné en prison. L'article 3 de la même *Convention* présente l'intérêt supérieur de l'enfant comme une considération primordiale dans toutes les mesures que les autorités entreprennent. Même si les dispositions de la *Convention* sont d'ordre général, les actions entreprises dans le cadre de la justice pour mineurs n'en sont pas exclues. Le Comité sur les droits de l'enfant a entrepris de rompre avec cette généralité. Il est nettement plus précis dans son interprétation de la *Convention*. Dans son *Observation générale n° 10 sur les droits de l'enfant dans le système de justice pour mineurs*, ce Comité note que

[l]'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions prises au titre de l'administration de la justice pour mineurs. Les enfants diffèrent des adultes par leur degré de développement physique et psychologique, ainsi que par leurs besoins affectifs et éducatifs. Ces différences constituent le fondement de la responsabilité atténuée des enfants en conflit avec la loi. Ces différences et bien d'autres justifient l'existence d'un système distinct de justice pour mineurs et requièrent un traitement différencié pour les enfants. La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant signifie, par exemple, que les objectifs traditionnels de la justice pénale, comme la répression/rétribution, doivent céder la place à des objectifs de réadaptation et de justice réparatrice dans le traitement des enfants délinquants. Cela est conciliable avec le souci d'efficacité dans le domaine de la sécurité publique¹⁰⁴.

Bien plus, ce Comité recommande aux États parties de

procéder périodiquement, de préférence par l'intermédiaire d'institutions universitaires indépendantes, à l'évaluation de leur pratique en matière de justice pour mineurs, en particulier de l'efficacité des mesures prises, dont celles concernant la non-discrimination, la réinsertion et la récidive. Des travaux de recherche, par exemple ceux relatifs aux disparités dans l'administration de la justice pour mineurs susceptibles d'être considérées comme discriminatoires, et les faits nouveaux concernant la situation en matière de délinquance juvénile, tels que les programmes de déjudiciarisation efficaces ou les tendances les plus récentes en matière d'infractions commises par des mineurs, permettront de mettre en évidence les grands domaines de réussite ou d'inquiétude. Il importe d'associer les enfants, en particulier ceux qui ont été en contact avec la justice pour mineurs, à ces travaux d'évaluation et de recherche. La vie privée de ces

¹⁰³ CDE, *supra* note 45, art 2(1).

¹⁰⁴ Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n° 10 sur les droits de l'enfant dans le système de justice pour mineurs*, Doc off CDE NU, 44^e sess, Doc Nu CRC/C/GC/10 (2007) au para 10.

enfants et la confidentialité de leur coopération devraient être pleinement respectées et protégées. À cet égard, le Comité renvoie les États parties aux directives internationales existantes relatives à la participation d'enfants à des travaux de recherche¹⁰⁵.

III. Le droit et la pratique étatiques et régionaux pertinents

Les modalités du renforcement de l'architecture juridique internationale relative à un phénomène spécifique sont diverses. Sans prétendre à une quelconque exhaustivité, l'on y inclut la mise en place des règles relevant de la catégorie de *soft law* et la création des règles véritablement contraignantes. Si la tendance ces dernières années est d'enserrer les énoncés internationaux dans les instruments de la première catégorie, approche novatrice¹⁰⁶ et très prégnante depuis la fin du XX^e siècle¹⁰⁷, dans l'ensemble, la seconde proposition reste idéale. Y parvenir, notamment en matière d'encadrement juridique du phénomène de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires, dépendra certainement du degré de pertinence et de la contribution des mécanismes juridiques et institutionnels à la fois étatiques et régionaux qui concourent à l'encadrement du phénomène de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires. La question ne se pose pas ici uniquement en termes d'existence ou non desdits mécanismes au niveau étatique et régional, mais aussi afin de savoir si les normes juridiques, les politiques et les pratiques étatiques et régionales constituent des jalons suffisants à la construction d'un consensus du bas vers le haut, c'est-à-dire du niveau des États au niveau international et en passant par le niveau régional, autour de l'adoption d'un véritable cadre juridique international relatif à l'interdiction ou à la réduction de la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires.

La contribution des États est très importante, voire essentielle à la précision des normes internationales en cette matière, à la construction de ce consensus. En effet, le Comité des droits de l'homme qui s'est abstenu de donner une liste exhaustive de motifs de discrimination interdits a, dans son *Observation générale n° 18*, clairement demandé aux États de rendre compte de leurs « omissions » éventuelles dans la transposition constitutionnelle ou législative des dispositions de l'article 2, alinéa 1, et de l'article 26¹⁰⁸. Le Comité des droits de l'homme manifestait sa volonté de savoir s'il se pose encore des problèmes liés à une discrimination de fait, de la part, soit des pouvoirs publics ou de la communauté, soit des particuliers ou

¹⁰⁵ *Ibid* au para 99.

¹⁰⁶ Roberta Cohen, « The Guiding Principles on Internal Displacement: An Innovation in International Standard Setting » (2004) 10 *Global Governance* 459.

¹⁰⁷ Plusieurs autres instruments de cet ordre ont été adoptés : on y trouve les principes directeurs relatifs à la lutte contre l'extrême pauvreté et les droits de l'homme (2012), les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (2011), les principes directeurs des Nations unies sur la prévention de la délinquance juvénile (1990), la *Déclaration sur le droit au développement* (1986) et nombreux autres.

¹⁰⁸ *Observation générale n° 18*, *supra* note 16 au para 11.

des organismes privés¹⁰⁹.

La consolidation de bonnes approches étatiques et régionales est le gage d'un encadrement juridique international efficace du phénomène de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires. Si les pratiques nationales et régionales ne sont pas toutes satisfaisantes ou alors ne laissent pas apparaître une volonté d'encadrer juridiquement le phénomène dans le but de le réduire, l'on note tout de même certains éléments, fussent-ils maigres, qui peuvent constituer des jalons d'un véritable encadrement juridique international du phénomène de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires. La responsabilité de la société internationale ici, comme en matière de droits de l'homme en général, étant subsidiaire¹¹⁰, l'approche à mettre sur pied devrait, semblerait-il, concilier les deux éléments suivants : la souveraineté de l'État et la responsabilité de la société internationale en matière de protection des droits de l'homme. Cela revient à dire que susciter ou renforcer le dialogue dans les États et les régions et, uniquement suite à cette étape, s'appuyer sur les éléments existants pour élaborer une norme internationale semble, en l'état actuel des développements sur la question, l'approche la plus plausible. Ceci repose sur la contribution à la construction d'un consensus au niveau des États, puis des régions; ce qui rendra plus aisé un encadrement juridique international du phénomène. Le dialogue sur le phénomène de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires, puisque c'est ce qui nous intéresse ici, est, de façon encourageante, installé dans un nombre limité d'États; dans cette occurrence, il devrait être ravivé. Dans d'autres États en revanche, il semble tout simplement inexistant, il faut dès lors le susciter. Dans ces hypothèses, il revient à l'international de susciter ou d'animer le dialogue, d'aider et de renforcer les mesures nationales et régionales afin de parvenir à une harmonisation, à une approche commune et claire sur la thématique. Les modalités de cette entreprise peuvent inclure la création au sein des procédures spéciales de l'ONU¹¹¹ d'un mandat sur ce phénomène spécifique, c'est-à-dire un mandat thématique sur le phénomène de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires¹¹². Cela permettra d'examiner les questions relatives à la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires au moyen notamment, mais pas exclusivement, de la construction dans le cadre international d'un plaidoyer et d'une action en vue de l'amélioration ou du respect des droits des

¹⁰⁹ *Ibid* au para 9.

¹¹⁰ Il découle des traités relatifs aux droits de l'homme que la responsabilité première de la protection des droits de l'homme en général incombe aux États parties, aux parties contractantes ou aux hautes parties contractantes. Voir à ce sujet le *PIDCP*, *supra* note 19, art 2; le *PIDESC*, *supra* note 20, art 2; la *CDE*, *supra* note 45, art 2, etc.

¹¹¹ « Procédures spéciales » est le terme généralement attribué aux mécanismes mis en place par le Conseil des droits de l'homme, qui s'occupent de la situation spécifique d'un pays ou de questions thématiques dans toutes les régions du monde (voir à l'adresse suivante : <<http://www.ohchr.org/FR/HRBodies/SP/Pages/WelcomePage.aspx>>).

¹¹² Contrairement aux mandats par pays qui couvrent la situation des droits de l'homme dans un État spécifique, les mandats thématiques portent chacun sur un thème spécifique des droits de l'homme, avec une couverture géographique mondiale. Au 1^{er} juin 2014, il existe trente-six mandats thématiques (voir Nations unies Droit de l'homme : <<http://www.ohchr.org/FR/HRBodies/SP/Pages/Themes.aspx>>) et treize mandats par pays (voir Nations unies Droit de l'homme : <<http://www.ohchr.org/FR/Countries/Pages/HumanRightsintheWorld.aspx>>).

personnes ayant des antécédents judiciaires, soit de créer ou renforcer le dialogue avec les gouvernements, les organisations intergouvernementales, régionales ou non gouvernementales et autres acteurs pertinents et enfin d'asseoir les droits des personnes ayant des antécédents judiciaires au sein des différentes composantes du système des Nations unies¹¹³. Le renforcement et l'enrichissement du dialogue sur la question au niveau étatique et régional ouvriront à n'en point douter la voie à une codification internationale qui présentera l'avantage d'établir les « grandes orientations » pour toute approche de résolution du phénomène de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires. Les éléments nationaux et régionaux pertinents constituent des jalons, des facilitateurs de l'entreprise internationale de codification. C'est ce que révèle le processus de formulation des commentaires généraux, en l'occurrence ceux du Comité des droits de l'homme des Nations unies. La fonction première des commentaires généraux est de codifier la pratique¹¹⁴, ce qui implique l'existence d'une pratique et d'une jurisprudence suffisantes ou tout simplement d'une base suffisante pour se lancer dans un travail de codification internationale d'une question spécifique.

En clair, il existe tant au niveau national que régional quelques éléments pouvant concourir à la construction d'un véritable encadrement juridique international du phénomène ici étudié. Les approches étatiques et régionales sont très diversifiées : certaines laissent se pérenniser la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires, d'autres en revanche témoignent d'une volonté et d'une détermination à réduire le phénomène au moyen de son encadrement juridique : c'est sur ces dernières qu'il faut insister ici. La même pertinence peut être relevée tant dans les approches étatiques (A) que dans celles régionales (B).

A. Des approches étatiques pertinentes du phénomène

L'approche des États sur cette question est largement caractérisée par l'absence ou l'insuffisance de mesures visant à éliminer la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires. Il faut néanmoins relever quelques bonnes approches du phénomène qu'il faille prendre en compte, venant notamment des pays

¹¹³ Ces activités se rapportent dans une large mesure aux mandats des différentes procédures spéciales actuelles (voir notamment le mandat du rapporteur spécial sur les droits de l'homme des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays, en ligne : Nations unies Droit de l'homme <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/IDPersons/Pages/Mandate.aspx>>). Il faut préciser que les mandats ne sont pas les mêmes pour toutes les procédures spéciales; ils sont définis en fonction des spécificités du problème à traiter.

¹¹⁴ Le lundi 27 octobre 2014, dans la salle du Comité des droits de l'homme au Palais Wilson à Genève, après avoir adopté l'*Observation générale n° 35 portant sur l'article 9 du Pacte* (voir Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 35 portant sur l'article 9 du Pacte*, Doc off CCPR, 2014, CCPR/C/GC/35), lorsque les membres du Comité des droits de l'homme évaluent quel article dudit *Pacte* nécessite une précision par le Comité au moyen des commentaires généraux, l'existence d'une pratique ou d'une jurisprudence suffisante est avancée comme élément essentiel du choix final. Plutôt que de porter sur les articles 21 (liberté de réunion) et 22 (liberté d'association) lus conjointement ou sur l'article 17 (protection de la vie privée), le choix a été porté (bien que point unanimement) sur l'article 6 du *Pacte*, article portant sur le droit à la vie.

comme l’Australie et le Canada. Les systèmes de justice criminelle de ces pays et de bien d’autres ont d’ailleurs fait l’objet de quelques études comparatives¹¹⁵.

En effet, si les États adoptent des lois, politiques et pratiques portant un traitement moins favorable des personnes ayant des antécédents judiciaires, ils en adoptent d’autres qui sont très encourageantes en ce qu’elles permettent d’éviter au maximum la discrimination fondée sur ce motif. C’est sur ces dernières qu’il faut insister ici. Quelques États ont pris des mesures claires de protection pour les personnes ayant des antécédents judiciaires en considérant, par exemple, le casier judiciaire « non pertinent » (*irrelevant criminal record*) comme une classe protégée¹¹⁶. Certaines mesures sont prises pour atténuer la discrimination contre ces personnes dans la loi, la politique ou la pratique, considérant le motif des antécédents judiciaires comme étant inclus dans l’expression « autre situation » ou « autre chose ». Ces mesures varient d’un pays à l’autre et certaines sont plus fortes — mais insuffisantes — ou plus faibles, selon le pays considéré. Bien que les mesures qu’ils ont prises pour atténuer la discrimination fondée sur ce motif demeurent insuffisantes¹¹⁷, l’Australie (1), le Canada (2) et l’Allemagne (3) semblent en tête de liste.

1. L’AUSTRALIE

L’Australie a mis sur pied des institutions politiques démocratiques. Nonobstant le fait que son système de justice criminelle présente un niveau élevé d’incarcérations¹¹⁸, et qu’il impose des obstacles juridiques aux personnes ayant des antécédents judiciaires, il s’agit clairement d’un des pays présentant une protection

¹¹⁵ James P Lynch et William Alex Pridemore, « Crime in International Perspective » dans *Crime Public Policies for Crime Control*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 5; Candace Kruttschnitt et Rosemary Gartner, « Women’s Imprisonment » dans Michael Tonry, dir, *Crime and justice: a review of Research*, Chicago, University of Chicago Press, 2003, 1.

¹¹⁶ Le casier judiciaire non pertinent peut couvrir un dossier judiciaire relatif à l’arrestation, l’interrogatoire ou la procédure pénale et qui a connu l’une des suites suivantes : il n’y a pas eu poursuite de l’action, une charge n’a pas été déposée, l’accusation a été rejetée, la poursuite a été abandonnée, la personne a été déchargée (sur déclaration de culpabilité ou non), la personne a été déclarée non coupable, la condamnation de la personne a été infirmée ou annulée, la personne a obtenu le pardon ou, finalement, les circonstances de l’infraction pour laquelle la personne a été condamnée ne sont pas directement pertinentes par rapport à la situation dans laquelle la discrimination se pose. Le casier judiciaire non pertinent est une classe protégée en Australie et au Canada.

¹¹⁷ Même les États qui ont adopté certaines mesures louables ont encore beaucoup à faire pour garantir une véritable sécurité juridique aux personnes ayant des antécédents judiciaires. En effet, ces mesures qu’on peut dire encourageantes restent limitées et ne doivent pas occulter le fardeau que continue de constituer le casier judiciaire. On constate, notamment au Canada, que toutes les personnes ayant des antécédents judiciaires ne relèvent pas des classes protégées. Le Canada prive les personnes en liberté conditionnelle et les personnes soumises à une surveillance à long terme de l’obtention de prestations d’aide sociale, mais il ne limite pas l’éligibilité des autres personnes reconnues coupables de crimes, ni ne prive les individus reconnus coupables de crimes ou ne restreint l’accès au logement public sur la base de condamnations pénales. Voir Michael Pinard, « Collateral Consequences of Criminal Convictions: Confronting Issues of Race and Dignity » (2010) 85 NYUL 457 à la p 498.

¹¹⁸ Il ne détient pas le taux d’incarcération le plus élevé, qui est détenu par les États-Unis, mais il possède un taux d’incarcération élevé par rapport à de nombreux autres pays.

avancée contre la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires.

Les catégories protégées dans ce pays sont les suivantes : la race, le sexe, l'âge, le handicap, les opinions politiques, l'orientation sexuelle, les relations conjugales/la situation de famille, l'allaitement maternel, les responsabilités familiales ou professionnelles, le casier judiciaire non pertinent, les caractéristiques physiques, une grossesse potentielle, l'appartenance à un syndicat ou la participation à des activités d'association d'employeurs, les victimes de harcèlement sexuel, la grossesse et le statut de transgenre¹¹⁹.

Le *National Australian Human Rights Commission Act* de 1986 interdit la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires¹²⁰. Des mesures spécifiques d'encadrement du phénomène ont été impatronisées. L'on y retrouve les lois de condamnations passées (*spent convictions laws*) qui permettent la modification des casiers judiciaires des délinquants après un certain temps¹²¹, particulièrement dans l'objectif de permettre aux personnes ayant des antécédents judiciaires d'en faire « table rase » après une certaine période¹²². Il convient de relever aussi les mesures de protection des informations relatives aux antécédents judiciaires. Les antécédents judiciaires tombent dans la catégorie des « renseignements personnels », qui est protégée par les lois australiennes sur la vie privée¹²³. Nul ne peut, sauf si la loi l'y autorise, accéder aux renseignements personnels sans le consentement de la personne visée¹²⁴. L'Australie a formulé son approche en termes de droits de l'homme. En

¹¹⁹ James L Farr et Nancy T Tippins, *Handbook of Employee Selection*, Royaume-Uni, Routledge, 2013 aux pp 666-667 [Farr et Tippins].

¹²⁰ « This is achieved by having the *ILO Convention 111* incorporated as a schedule to the Human Rights Commission Act. *ILO 111* art 1(1)(a) defines discrimination in employment as any distinction, exclusion or preference made on the basis of race, color, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin; such other distinction, exclusion or preference [criminal record falls within the ambit of this expression] which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation. At the same time it provides for an exception for any distinction based on the “inherent requirements” of the job (art 1[2]). Regulations in 1989 extended the definition of discrimination to include criminal record »: Australian Human Rights and Equal Opportunity Commission, *Annual Report 2004-2005*, Canberra, Australian Government publishing Service, 2004, ch 11 [HREOC, *Annual Report*].

¹²¹ Australian Human Rights Commission, *On the Record: Guidelines for the Prevention of Discrimination in Employment on the Basis of Criminal Record*, Canberra, Australian Government Publishing Service, 2012 à la p 10.

¹²² Ces lois réhabilitent les personnes ayant des antécédents judiciaires en leur fournissant un moyen juridique de « passer à autre chose » et de mettre leur passé derrière eux (*ibid*). Presque tous les États et territoires, et le Commonwealth ont les régimes statutaires de condamnations passées (*statutory spent conviction schemes*), même s'ils diffèrent considérablement (Victoria est la seule juridiction sans régime statutaire de condamnations passées mais possède une politique concernant le dévoilement d'informations personnelles).

¹²³ Le casier judiciaire est considéré comme une information personnelle « sensible » : *Privacy Act 1998* (Cth), s 6. Voir aussi *Information Privacy Act 2000* (Vic), *Privacy and Personal Information Protection Act 1998* (NSW) et *Information Privacy Act 2009* (Qld).

¹²⁴ Il s'agit d'un cadre de protection important qui perd malheureusement tout son sens en matière d'emploi. Les demandeurs d'emploi n'ont d'autre choix que de fournir leur consentement s'ils souhaitent être considérés pour un poste. En vertu des lois sur la vie privée, le casier judiciaire d'une personne est traité comme information sensible. Des protections supplémentaires sont accordées aux informations sensibles en vertu de ces lois. L'employeur doit respecter la vie privée des demandeurs

effet, l'*Australian Human Rights Commission Act* de 1986 et d'autres lois provinciales (notamment les *Tasmanian Anti-Discrimination Act* de 1998 et *Northern Territory's Anti-Discrimination Act* de 1992) réaffirment expressément les dispositions des conventions internationales qui garantissent le droit du travail, l'égalité et ainsi de suite¹²⁵.

2. LE CANADA

Le Canada a lui aussi mis sur pied des institutions politiques démocratiques. Son système de justice criminelle présente un niveau élevé d'incarcérations¹²⁶ et, comme d'autres États, il impose des obstacles juridiques aux personnes ayant des antécédents judiciaires¹²⁷. Ces personnes se heurtent à des difficultés prononcées dans l'obtention de logements et elles n'ont souvent pas les ressources financières nécessaires pour payer le logement¹²⁸. Dans la plupart des provinces, les propriétaires de logements peuvent légalement pratiquer de la discrimination contre des personnes ayant des antécédents judiciaires¹²⁹. Toutefois, ces obstacles ne sont pas le fait de lois d'exclusion¹³⁰, ils sont liés essentiellement à l'insuffisance des ressources des ex-détenus et le refus des propriétaires de louer à des personnes ayant des antécédents judiciaires. Ce sont donc des conséquences informelles qu'il faut opposer aux conséquences formelles que l'on rencontre dans d'autres pays, notamment aux États-Unis.

En revanche, le Canada est aussi un des États présentant un système de protection avancée contre la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires. Certaines mesures sont à relever ici. Au Canada, le casier judiciaire pardonné est considéré comme classe protégée, bien que cela ne s'applique que pour

d'emploi et des salariés ayant un casier judiciaire. Plusieurs exemptions sur la loi sur la confidentialité s'appliquent, notamment à des employés du secteur privé et pour certaines informations sur le casier judiciaire, mais il est de bonne pratique pour les employeurs de suivre de près les principes de confidentialité. Les violations de la vie privée par rapport au casier judiciaire peuvent conduire à des allégations de discrimination et de violations du *Privacy Act 1988 (Cth)*. Les employeurs peuvent également faire face à une éventuelle réclamation de droit commun en cas de violation de la vie privée et la divulgation illicite d'informations confidentielles.

¹²⁵ La *Convention n° 111* de l'OIT est incorporée comme annexe au *Human Rights Commission Act*; l'article 1, alinéa 1, paragraphe a, de cette convention définit la discrimination dans l'emploi comme « toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession ». Voir *Convention n° 111, supra* note 76, art 1(1)(e). Le même article prévoit une exception pour toute distinction fondée sur les « exigences inhérentes » à l'emploi : « Les distinctions, exclusions ou préférences fondées sur les qualifications exigées pour un emploi déterminé ne sont pas considérées comme des discriminations. » Voir *Convention n° 111, supra* note 76, art 1(2). Les mesures prises en 1989 ont étendu la définition de la discrimination aux antécédents judiciaires, HREOC, *Annual Report, supra* note 120.

¹²⁶ Il ne détient pas le taux d'incarcération le plus élevé (qui est détenu par les États-Unis), mais il démontre d'un taux d'incarcération élevé par rapport à de nombreux autres pays.

¹²⁷ *Criminal Records Review Act, supra* note 4 au para 8(1).

¹²⁸ Canada Mortgage & Housing Corporation, *supra* note 4.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Ibid.*

des questions qui sont sous le contrôle fédéral. Une bonne partie de la population anciennement incarcérée a le droit d'avoir le casier judiciaire gracié ou scellé¹³¹. Ce pardon réduit certains obstacles, notamment ceux relatifs à l'emploi¹³². En effet, l'approche au Canada s'inscrit dans une logique de droits de l'homme : il s'agit d'une loi fédérale de droits de l'homme (*Federal Human Rights Act*) portant spécifiquement protection contre la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires en ce qui concerne les questions sous contrôle fédéral¹³³. La *Loi canadienne sur les droits de la personne* stipule que l'employeur ne peut pratiquer de la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires à l'encontre d'un individu et pour un dossier d'infraction pour lequel il a été gracié. La présente loi s'applique aux professions des domaines règlementés par le gouvernement fédéral, comme les compagnies aériennes, les banques et les chemins de fer. Le *Criminal Records Act* est la loi en vigueur qui rend les suspensions de casiers judiciaires (précédemment appelé pardon canadien) possibles. Cependant, le *Federal Government's Human Rights Act* n'a pas d'effet ou d'impact sur les droits de l'homme liés aux questions sous le contrôle du gouvernement provincial¹³⁴. Quelques législations provinciales relatives aux droits de l'homme portent sur la protection contre la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires, c'est le cas en Colombie-Britannique¹³⁵, au Manitoba¹³⁶, au Québec¹³⁷, dans l'Île-du-Prince-Édouard¹³⁸, au Yukon¹³⁹ et ailleurs¹⁴⁰. Parlant de suspension, il faut rappeler qu'en raison de l'adoption du *Crime Bill* en 2012, les Canadiens doivent maintenant attendre plus longtemps pour faire une

¹³¹ Rick Ruddell et Thomas Winfree Jr, « Setting Aside Criminal Convictions in Canada: A Successful Approach to Offender Reintegration » (2006) 86:4 *Criminology & Penology* 452.

¹³² Il convient de rappeler que d'autres obstacles demeurent. En effet, une personne reconnue coupable d'infraction sexuelle, même graciée, ne se verra jamais accorder un certificat de police (« *police clearance* ») s'il postule à un emploi dans un secteur vulnérable. En conséquence, même pardonnées, les personnes ayant commis des infractions sexuelles devront faire face à la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires si elles postulent à des postes relevant du secteur vulnérable. Être pardonné ou avoir un dossier suspendu n'efface pas le fait d'avoir des antécédents judiciaires et ne protège pas entièrement contre toute discrimination fondée sur ce motif. Malgré tout, il s'agit d'une mesure d'atténuation importante.

¹³³ Le *Canadian Human Rights Act* dispose qu'un employeur ne peut pas procéder à la discrimination à l'égard d'un individu pour un dossier d'infraction pour lequel il a reçu pardon. Le *Canadian Human Rights Act* s'applique aux professions dans les domaines règlementés par le gouvernement fédéral, comme les compagnies aériennes, les banques et les chemins de fer. Le *Criminal Records Act*, une législation fédérale, est la loi en vigueur qui rend les *Record Suspensions* (précédemment appelé pardon canadien) possibles. Cependant, le *Federal Government's Human Rights Act* n'a pas d'effet ou d'impact sur les droits de l'homme liés aux questions sous le contrôle du gouvernement provincial. Voir la section 2 du *Canadian Human Rights Act*, RCS 1985, c H-6.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Human Rights Act*, SBC 1969, c 10; *Human Rights Code*, RSBC 199; *Human Rights Act*, SBC 1984, c 22; *Human Rights Amendment Act*, SBC 1995, c 42.

¹³⁶ *Human Rights Act*, CCSM, c H-175.

¹³⁷ *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ, c C-12.

¹³⁸ *Human Rights Act*, SPEI 1975, c 72.

¹³⁹ *Fair Practices Ordinance*, ROYT 1971, c F2.

¹⁴⁰ Pour d'autres lois, voir Canada's Human Rights History, en ligne : <<http://historyofrights.ca/archives/statutes-declarations/>>.

demande de suspension de casier¹⁴¹.

3. L'ALLEMAGNE

L'Allemagne arbore elle aussi des institutions politiques démocratiques et son système de justice criminelle présente un niveau élevé d'incarcérations¹⁴². Tout comme d'autres États, elle impose des obstacles juridiques aux personnes ayant des antécédents judiciaires. Les mesures de protection et d'atténuation des pratiques de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires que l'Allemagne présente devraient aussi être relevées ici.

Dans cet État, le casier judiciaire n'est pas considéré comme une classe protégée. Les classes protégées en Allemagne comprennent la race, le sexe, l'origine nationale et ethnique, la religion, le handicap, l'orientation sexuelle, la philosophie de vie (*Philosophy of life*) et le harcèlement sexuel¹⁴³. Bien que le casier judiciaire n'est clairement pas une classe protégée en Allemagne, cet État est l'un de ceux qui améliorent le cadre de protection et les mesures d'atténuation des pratiques de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires.

Quelques mesures spécifiques sont à relever. L'on y trouve celles sur la protection des renseignements relatifs aux antécédents judiciaires notamment : la divulgation de l'information criminelle suit certaines procédures, principalement deux, à savoir le certificat de conduite à des fins privées¹⁴⁴ et le certificat de conduite à des fins publiques¹⁴⁵. Il faut noter aussi les mesures de réhabilitation (*desistance*

¹⁴¹ Les modifications apportées à la législation par le *Crime Bill* de 2012 comprennent l'augmentation de la période d'attente d'éligibilité et le remplacement de la grâce par la suspension du casier judiciaire (voir à l'adresse suivante : <http://www.recordsuspensions.org/crimebill.html>). C'est malheureusement parce que moins de 4 % des délinquants réhabilités ont récidivé. Cela signifie que le programme de réhabilitation a déjà eu beaucoup de succès. Toutefois, en raison des 4 % qui ont récidivé après avoir été graciés, les 96 % restant se trouvent obligés de payer cher par de plus longues périodes d'attente avant de se qualifier pour une suspension du casier judiciaire.

¹⁴² Elle ne détient pas le taux d'incarcération le plus élevé, qui est détenu par les États-Unis, mais elle fait montre d'un taux d'incarcération élevé par rapport à de nombreux autres pays.

¹⁴³ Farr et Tippins, *supra* note 119.

¹⁴⁴ Le certificat de conduite à des fins privées ne peut être envoyé qu'à la personne qui en fait la demande. Même s'il n'est pas tout à fait clair dans quels cas un futur employeur peut demander un casier judiciaire et par la même occasion exiger un certificat de conduite comme preuve, la jurisprudence a déclaré une telle demande recevable dans les procédures de recrutement pour les postes où la nature du travail rend indispensable l'intégrité personnelle (Richard, 2005: au para 611, Marg. No. 157 – 159, « Anstellungsbetrug », au para 263 PC). En ce qui concerne tout lieu de travail en rapport avec les enfants, le certificat de conduite prolongé (« *Erweitertes Führungszeugnis* », voir Art 30a, *BZRG*) a été inventé en 2009 afin de mieux protéger les enfants et les jeunes ou d'autres personnes qui sont dans une situation de dépendance. Avec cette réforme juridique, tous les employeurs dans le domaine de la garde d'enfants, les institutions de protection de la jeunesse, les écoles, et ainsi de suite devraient être tenus de contrôler leurs employés (et les demandeurs d'emploi) en exigeant un certificat de conduite prolongé.

¹⁴⁵ Le certificat de conduite à des fins publiques, aussi connu comme le certificat de conduite pour la présentation à une autorité allemande, doit être demandé par la personne concernée, mais est envoyé directement à l'autorité (voir les modalités de candidature au certificat de conduite rappelées par le Bureau fédéral de la justice : Bundesamt für Justiz, en ligne : <<https://www.bundesjustizamt.de/>>). Il y

acknowledgement mesures)¹⁴⁶. Bien plus, rappelons les dispositions juridiques spécifiques visant à protéger les ex-détenus contre la discrimination et à les aider à se réinsérer dans la vie active : les personnes anciennement incarcérées en Allemagne ont une situation juridique formelle relativement forte, à savoir le droit garanti par la *Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne* à la resocialisation avec un fort accent sur le droit de la personnalité¹⁴⁷. L'énonciation ici faite des mesures de cet ordre et en vigueur en Allemagne n'est qu'indicative.

B. Des approches régionales du phénomène

L'approche adoptée par les conventions régionales est sensiblement la même que celle des conventions internationales (1), mais la jurisprudence des cours régionales est plus précise sur la prise en compte ou non des antécédents judiciaires comme un motif de discrimination interdit (2).

1. LA CONTRIBUTION DES CONVENTIONS RÉGIONALES

Semblablement aux normes internationales, les normes régionales relatives au phénomène de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires sont générales. L'énonciation des motifs de discrimination interdits y est aussi indicative, n'incluant pas le motif des antécédents judiciaires comme motif exprès, mais ajoutant quelques motifs exprès de plus que ce que font les principaux instruments internationaux de protection des droits de l'homme.

La *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* dispose en son article 2 que « toute personne a droit à la jouissance des droits et libertés reconnus et garantis dans la présente *Charte* sans distinction aucune, notamment de race, d'ethnie, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre

a moins de restrictions que pour les certificats privés qui s'appliquent : pour l'évaluation de l'aptitude d'une personne qui fait une demande de licence commerciale, les restrictions réfèrent également à toute personne qui veut être employée par une autorité publique. Plusieurs dispositions juridiques ont été énumérées en l'espèce, mais la pratique peut ne pas toujours s'aligner sur celles-ci. On constate parfois que les employeurs posent plus de questions et demandent plus de certificats que ne le leur autorise la loi.

¹⁴⁶ Les mesures de réhabilitation visent notamment l'introduction des mesures de réhabilitation formelle qui à leur tour mettent l'accent sur le plein désistement (*full desistance*). Voir Martine Herzog-Evans, « Judicial Rehabilitation in France : Helping with the desisting process and acknowledging achieved desistance » (2011) 3:1 *European Journal of Probation* 4 à la p 13. On les retrouve dans le système de justice pour mineurs. Voir les privilèges de registre pour les mineurs, soit « l'élimination de la tache pénale » (*Beseitigung des Strafmarkels*) qui peut être prononcée par le juge d'un tribunal pour mineurs (Art 97, *Youth Justice Act*).

¹⁴⁷ On comprend ici le droit d'être tranquille une fois la peine exécutée. Il y a des dispositions reconnaissant à une personne qui demande un travail de refuser de répondre lorsqu'un futur employeur lui demande si elle détient un casier judiciaire (Art 53, *BZRG*; une fois de plus, certaines restrictions à cette règle, s'appliquent dans certains cas, à des fins publiques). Voir *Federal Central Criminal Register Act; Act on the Central Criminal Register and on the Register of Youth Offences, Gesetz über das Zentralregister und das Erziehungsregister*).

opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation¹⁴⁸ ». Cet instrument ajoute l'ethnie comme motif interdit de discrimination et préfère le terme « fortune » à celui de « propriété ».

La *Convention américaine relative aux droits de l'homme* (ci-après « *Pacte de San José* »), quant à elle, dispose en son article 1.1 que

[I]es États parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente *Convention* et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale¹⁴⁹.

Cela ajoute ainsi la situation économique aux motifs de discrimination interdits.

La *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (ci-après « *Convention européenne des droits de l'homme* ») ne déroge pas à cette règle. Elle prévoit en son article 14 que

[I]a jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente *Convention* doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation¹⁵⁰.

Comme motifs de discrimination interdits, le *Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes* incluent le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle¹⁵¹. La *Convention européenne des droits de l'homme* tient compte des caractéristiques génétiques¹⁵².

¹⁴⁸ *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 27 juin 1981, 1520 RTNU 217, art 2 (entrée en vigueur : 21 octobre 1986).

¹⁴⁹ *Convention américaine des droits de l'homme*, 22 novembre 1969, 1144 RTNU 123, art 1.1 (entrée en vigueur : 18 juillet 1978).

¹⁵⁰ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221, art 14 (entrée en vigueur : 3 septembre 1953) [*Convention européenne des droits de l'homme*].

¹⁵¹ L'article 13 du *Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes* dispose que : « Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. » Voir *Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes*, 2 octobre 1997, 2700 RTNU 47936, art 13 (entrée en vigueur : 1 mars 1999).

¹⁵² Elle dispose en son article 21 que : « Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une

Au niveau régional aussi et en matière d'instruments normatifs, l'on rencontre la même généralité que celle que l'on trouve au niveau international. En revanche, des mesures explicites et précises existent au niveau régional, mais dans le but d'affirmer et d'exalter des distinctions dans le traitement tenant compte des antécédents judiciaires et dans des occurrences spécifiques. L'une des dernières en date est la *Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil*¹⁵³. Elle prévoit en son préambule (paragraphe 21) que

les États membres devraient prévoir des circonstances aggravantes dans leur droit national conformément aux règles applicables établies en la matière par leur système juridique. Ils devraient veiller à ce que les juges puissent tenir compte de ces circonstances aggravantes lorsqu'ils prononcent une condamnation à l'encontre des auteurs d'infractions, même s'ils ne sont pas tenus d'appliquer ces circonstances aggravantes. Les États membres ne devraient pas prévoir de telles circonstances aggravantes dans leur droit lorsqu'elles ne sont pas pertinentes compte tenu de la nature de l'infraction en cause. La pertinence des diverses circonstances aggravantes prévues dans la présente directive devrait être évaluée au niveau national pour chacune des infractions visées dans la présente directive.

S'il existe, en effet, au niveau régional des normes limitant les opportunités des individus ayant des antécédents judiciaires, il en existe d'autres en revanche, notamment les différentes conventions régionales, qui permettent de les protéger contre des mesures de discrimination interdites. Il convient de tenir compte de ces dernières dans toute démarche de réduction de la fragmentation du droit international sur le phénomène des antécédents judiciaires.

2. LA JURISPRUDENCE DES COURS RÉGIONALES

Bien que le motif des antécédents judiciaires ne fasse pas partie des motifs exprès de discrimination interdits au niveau régional, la jurisprudence des cours régionales de protection des droits de l'homme, jurisprudence présentant une réelle portée juridique, semble plus précise et explicite dans la prise en compte ou non des antécédents judiciaires comme motif de discrimination interdit. Les institutions régionales n'ont pas toujours été réceptives à l'idée de la considération des antécédents judiciaires comme motif de discrimination interdit. La prise en compte par certaines d'entre elles des antécédents judiciaires comme motif de discrimination interdit est récente. Il semble y avoir une certaine évolution vers une approche plus protectrice des individus ayant ces antécédents, créant ainsi des jalons d'un consensus sur l'encadrement juridique international du phénomène de discrimination fondée sur

minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle », *Convention européenne des droits de l'homme*, supra note 150, art 2.

¹⁵³ CE, *Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil*, [2011] JO, L 335/1.

le motif des antécédents judiciaires¹⁵⁴.

La CIDH considère que l'expression « toute autre situation » contenue dans l'article 1.1 du *Pacte de San José* devrait être interprétée de la manière la plus favorable à la protection des droits prévus dans la *Convention*. Elle rappelle la nature indicative de l'énonciation des motifs de discrimination prohibés, particulièrement celle de l'article 1.1 de la *CADH*¹⁵⁵. La CEDH a, elle aussi, interprété la non-discrimination sur la base de « toute autre situation » comme incluant la non-discrimination sur la base des antécédents judiciaires. C'est ce qui ressort de l'affaire *Thlimmenos v Grèce* du 6 avril 2000. Dans cette affaire, le requérant s'est vu refuser l'accès à un emploi du fait d'une condamnation préexistante. Si certains candidats peuvent être exclus de l'exercice de certaines professions du fait d'une précédente condamnation, cette exclusion doit être justifiée, ce qui, de l'avis de la CEDH, ne semble pas être le cas dans cette affaire. Considérant qu'infliger une autre sanction à l'intéressé était « disproportionné », que l'exclure de la profession ne poursuivait pas un « but légitime », et que refuser de traiter le requérant différemment des autres personnes reconnues coupables d'un crime n'avait aucune « justification objective et raisonnable », la CEDH a reconnu la violation de l'article 14 de la *Convention européenne des droits de l'homme*¹⁵⁶. La CEDH incluait ainsi les individus ayant des antécédents judiciaires sous l'empire de l'expression « toute autre situation », mais elle rappelait aussi les critères à observer si l'on veut qu'un traitement différencié ne soit pas analysé comme acte de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires.

Des droits spécifiques ont été examinés, notamment les droits électoraux, droits de la catégorie des droits civils et politiques dont la jouissance par les personnes ayant des antécédents judiciaires est la plus compromise. À ce propos, la CEDH a procédé à une interprétation qui exige la garantie de ces droits aux individus ayant des antécédents judiciaires. Elle a en effet reconnu l'importance des droits garantis par l'article 3 du *Protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*¹⁵⁷, notamment pour l'établissement et le

¹⁵⁴ Le phénomène de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires ne fait pas partie des thèmes pédologiques qui captent particulièrement l'attention en Europe (quelques travaux de recherches ont jeté la lumière sur le phénomène, particulièrement en matière de discrimination à l'emploi, notamment ceux menés par Louks, Lynner et Sullivan en 1998). S'il semble y avoir un consensus en Europe selon lequel « *persons who hold positions of highest trust and power should have and be seen to have impeccable honesty and integrity, and that ex-offenders, based solely on their prior criminal conduct, presumably lack those qualities of good character* » (Les personnes qui occupent des postes de confiance et de pouvoir les plus élevés devraient avoir et être vues comme ayant l'honnêteté et l'intégrité impeccables, et que les ex-délinquants, sur la seule base de leur comportement criminel, ne détiennent sans doute pas les caractéristiques d'un bon caractère) [Notre traduction]. Voir Elena Larrauri et James B Jacobs, « A Spanish Window on European Law and Policy on Employment Discrimination Based on Criminal Record » (2012) 11:72 *New York University, Public Law and Legal Theory Working Papers 1* à la p 4. Des éléments pouvant constituer un consensus sur la limitation de la discrimination fondée sur ce motif semblent se préciser davantage.

¹⁵⁵ Voir notamment *Atala Riffo et enfants (Chili)*, *supra* note 49 aux para 84-85.

¹⁵⁶ *Thlimmenos c Grèce*, n° 34369/97, [2000] IV CEDH 1, 31 HERR 411, aux para 47-48.

¹⁵⁷ Cet article qui porte sur le droit à des élections libres, dispose que : « les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les

maintien des fondements d'une véritable démocratie régie par l'État de droit. Elle reconnaît que les droits consacrés par cet article ne sont pas absolus et que des limites peuvent y être apportées par les États, notamment au principe de garantie du droit de vote¹⁵⁸. Cette marge de manœuvre doit répondre à certains critères, lesquels ont été rappelés par elle dans plusieurs arrêts. Elle postule que ces dernières doivent poursuivre un but légitime et être proportionnées¹⁵⁹ ou alors que la privation doit faire l'objet d'une décision prise par un juge en tenant compte des circonstances particulières de l'espèce, et qu'il doit y avoir un lien entre l'infraction commise et les questions relatives aux élections et aux institutions démocratiques¹⁶⁰. La circonscription dans le temps des limites aux droits électoraux revient à reconnaître lesdits droits à ceux ayant purgé leurs peines.

Tandis que ne pas avoir d'antécédent judiciaire constitué, dans certains cas, un réel avantage¹⁶¹, en avoir pose potentiellement le titulaire dans une situation, juridique pour le moins défavorable : le risque accru de subir une distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur ce seul motif. Sur ce phénomène spécifique, les normes internationales ne sont pas suffisamment précises. Bien qu'il n'existe aucun instrument juridique international sur l'élimination de la discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires et en attendant une grande initiative normative internationale à prendre dans ce sens, les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme sont des outils utiles pour les gouvernements, les institutions nationales, régionales et internationales et les praticiens. S'il est vrai que les précisions apportées à ce jour sur la question, notamment par les organes de traité, les organes fondés sur la *Charte* et la CEDH, constituent une étape importante dans le véritable processus d'encadrement juridique international du phénomène de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires, il ne fait aucun doute que cette question est très négligée aujourd'hui encore. C'est une question que les

conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif. » Voir *Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales tel qu'amendé par le Protocole n° 11*, 20 mars 1952, 2013 RTNU 2889 (entrée en vigueur : 18 mai 1954).

¹⁵⁸ Elle reconnaît notamment aux États parties à la *Convention* une marge d'appréciation dans l'application de ce droit. Voir *Hirst c Royaume-Uni*, n° 74025/01, [2005] IX CEDH 1, au para 61.

¹⁵⁹ *Ibid* au para 62. En l'espèce, la CEDH, après examen à la lumière de ces deux critères, a considéré que le but poursuivi était certes légitime, mais que l'exigence de proportionnalité n'était pas respectée par la loi britannique de 1983 sur laquelle l'interdiction du vote du requérant est appuyée. La CEDH a confirmé les principes cités dans cet arrêt *Hirst* dans plusieurs autres arrêts, en l'occurrence dans l'arrêt *Scoppola c Italie*, n° 126/05 (22 mai 2012) et dans l'arrêt *Söyler c Turquie*, n° 29411/07 (17 septembre 2013).

¹⁶⁰ *Frodl c Autriche*, n° 20201/04 (8 avril 2010).

¹⁶¹ Des peines moins sévères sont, dans bon nombre d'occurrences, infligées aux délinquants n'ayant pas d'antécédents judiciaires. Voir *Zontul c Grèce*, n°12294/07 (17 janvier 2012), au para 51.

organes onusiens des droits de l'homme devraient étudier davantage¹⁶².

Porter plus d'attention internationale sur la question de discrimination sur la base des antécédents judiciaires exige, entre autres, que les institutions qui connaissent, à l'évidence occasionnellement, des questions relatives à ce phénomène soient soutenues, éduquées, formées ou équipées convenablement. Il est nécessaire de préciser explicitement et de façon plus spécifique les droits et garanties que l'on peut déduire des dispositions très générales ou dispositions portant sur d'autres questions spécifiques, dispositions contenues dans les instruments juridiques internationaux actuels. Ceci est essentiel dans une démarche d'harmonisation, aboutie ou presque, des lois, politiques et pratiques nationales portant sur le traitement des individus ayant des antécédents judiciaires. Les instruments juridiques existants renferment bon nombre de dispositions, très éparses il est vrai, d'importance à l'encadrement juridique international de cette forme de discrimination. Il n'est pas forcément nécessaire de créer de nouvelles règles, entreprise qui peut dans le contexte actuel s'avérer laborieuse, longue et à issue incertaine; mais d'un travail de compilation des normes existantes et de production d'un outil pouvant aider différents acteurs à interpréter les instruments juridiques en vigueur. Ce peut être en leur fournissant des annotations ou des principes directeurs qui les orienteront dans l'interprétation des conventions dont ils assurent le suivi, afin de faire ressortir distinctement l'interdiction de la discrimination abusive fondée sur le motif des antécédents judiciaires. Cette approche est très prégnante aujourd'hui et fonctionne relativement bien¹⁶³. Il pourrait être utile de désigner un expert des Nations unies ou un groupe de travail en charge de cette question spécifique.

Ces mesures peuvent être très pertinentes ici. Mais ne convient-il pas aussi de mettre l'accent sur la résolution du problème à la source, c'est-à-dire la prévention des incarcérations à outrance? Ceci trouverait toute sa justification, à fortiori dans un contexte où la prison, largement présentée comme la réponse pénale par excellence et ayant pour rôle originel la dissuasion et la protection de la société, passe davantage pour une « institution hors-la-loi¹⁶⁴ ».

¹⁶² En effet, après avoir examiné les recommandations suite à l'examen périodique universel des rapports de huit pays (Afrique du Sud, Allemagne, Australie, Canada, États-Unis, Finlande, Norvège et Royaume-Uni), il semble que rien de pertinent n'est dit à propos de la discrimination sur la base des antécédents judiciaires, bien que cette pratique discriminatoire soit courante dans ces pays.

¹⁶³ Elle est appliquée avec succès depuis presque deux décennies en ce qui concerne la réponse internationale au phénomène de déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays. Voir Organisation des Nations unies, *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays*, Rés CDU 1998/50, Doc off CDU NU, 44^e sess, supp n° 3, Doc NU E/CN.4/1998/50 (1998). Il s'agit d'un ensemble de trente principes qui définissent qui peut être considéré comme un déplacé interne et qui rappellent les principaux instruments du droit international existant relatifs à la protection des droits fondamentaux des déplacés internes ainsi que les responsabilités des États en la matière.

¹⁶⁴ Voir Loïc Wacquant, « La prison est une institution hors-la-loi. Entretien autour des prisons de la Misère » (2000) C R de réel.