



Strasbourg, le 23 juin 2018

**CDL-AD(2018)014**

**Avis n° 920 / 2018**

Or. anglais

**COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT**  
**(COMMISSION DE VENISE)**

**MALTE**

**AVIS**

**RELATIF AU PROJET DE LOI  
PORTANT MODIFICATION DE LA CONSTITUTION,  
AU PROJET DE LOI  
SUR LA COMMISSION POUR LES DROITS DE L'HOMME  
ET L'ÉGALITÉ  
ET  
AU PROJET DE LOI  
SUR L'ÉGALITÉ**

**Adopté par la Commission de Venise  
à sa 115<sup>ème</sup> session plénière  
(Venise, 22-23 juin 2018)**

**sur la base des observations de :**

**Mme Aurela ANASTAS (membre, Albanie)  
M. Johan HIRSCHFELDT (membre suppléant, Suède)  
Mme Monika HERMANN (membre suppléant, Allemagne)  
M. Niall CROWLEY (expert, Irlande)  
Mme Laurien KOSTER (experte, Pays-Bas)**

**Table des matières**

I.	Introduction .....	3
II.	Portée de l'avis et normes de référence .....	3
III.	Projet de loi portant modification de la Constitution et projet de loi sur la commission pour les droits de l'homme et l'égalité.....	4
A.	Aperçu des fonctions et de la composition de la commission .....	4
B.	Aperçu général du modèle institutionnel proposé .....	5
C.	Rôle du conseil dans le modèle institutionnel proposé.....	6
1.	Au regard de la Constitution .....	6
2.	Au regard de la CEDH.....	9
D.	Composition, fonctions et compétences de la commission pour les droits de l'homme et l'égalité.....	11
1.	Équilibre entre les droits de l'homme et l'égalité dans la mission de la commission .....	11
2.	Fonctions de la commission .....	12
3.	Composition de la commission et statut de ses membres : indépendance, efficacité et redevabilité .....	13
IV.	Projet de loi sur l'égalité .....	15
A.	Description générale du projet de loi sur l'égalité.....	15
B.	Formes de discrimination.....	16
C.	Liste des « caractéristiques protégées » .....	17
1.	« Caractéristiques protégées » par la CEDH.....	17
2.	« Caractéristiques protégées » par la Constitution .....	18
D.	Exceptions.....	19
E.	Possibilité d'action positive .....	22
F.	Devoirs de l'administration et du secteur privé en matière d'égalité .....	23
G.	Charge de la preuve .....	24
H.	Discours de haine.....	24
V.	Conclusion .....	25

## I. Introduction

1. Mme Helena Dalli, ministre maltaise des Affaires européennes et de l'Égalité, a demandé dans une lettre datée du 8 mars 2018 à la Commission de Venise un avis sur un projet de loi portant modification de la Constitution (instituant la Commission pour les droits de l'homme et l'égalité, CDL-REF(2018)019), un projet de loi sur la Commission pour les droits de l'homme et l'égalité (CDL-REF(2018)013) et un projet de loi sur l'égalité (CDL-REF(2018)014).
2. Les rapporteurs du présent avis ont été Mme Aurela Anastas (membre, Albanie), M. Johan Hirschfeldt (membre suppléant, Suède), Mme Monika Hermanns (membre suppléant, Allemagne), M. Niall Crowley (expert, Irlande), et Mme Laurien Koster (experte, Pays-Bas).
3. Une délégation composée de M. Hirschfeldt, M. Crowley et Mme Koster, accompagnés de M. Grigory Dikov, juriste au secrétariat, s'est rendue à Malte où elle s'est entretenue avec des représentants des autorités, de la classe politique, d'ONG et d'autres parties prenantes. La Commission de Venise remercie les autorités maltaises de l'excellente préparation de cette visite.
4. Le présent avis a été préparé sur la base des observations des rapporteurs. Il a été examiné par la sous-commission des droits fondamentaux le 21 juin 2018, avant d'être adopté par la Commission de Venise à sa 115<sup>e</sup> session plénière (Venise, 22, 23 juin 2018).

## II. Portée de l'avis et normes de référence

5. Le projet de loi portant modification de la Constitution insère dans cette dernière un article 64B, qui institue la Commission pour les droits de l'homme et l'égalité : un organe constitutionnel investi d'un mandat touchant à l'égalité et à la non-discrimination.
6. Le projet de loi sur la Commission pour les droits de l'homme et l'égalité décrit les fonctions, la composition et les compétences de la nouvelle commission, ainsi que ses procédures.
7. Le projet de loi sur l'égalité traite des principes de non-discrimination et d'égalité, et de leur application à un certain nombre de domaines (emploi, éducation, accès aux biens et aux services, etc.). Il couvre les rapports entre l'État et les acteurs privés (dimension verticale) ainsi qu'entre les acteurs privés (dimension horizontale).
8. Le présent avis se fonde en premier lieu sur les normes du Conseil de l'Europe et d'autres normes internationales relatives aux droits de l'homme<sup>1</sup>, en particulier la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)<sup>2</sup>, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et les recommandations de politique générale de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI). Il s'appuie en deuxième lieu sur la législation de l'Union européenne (UE), en particulier la Charte européenne des droits fondamentaux, les directives de l'UE et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Il reprend enfin des avis antérieurs de la Commission de Venise, ainsi que des bonnes pratiques nationales.

---

<sup>1</sup> Surtout le PIDCP et la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD) ; l'avis se fonde également sur les Principes de Paris sur les institutions nationales des droits de l'homme (Principes de Paris) et sur les observations générales du sous-comité d'accréditation du Comité international de coordination des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme (CIC).

<sup>2</sup> Les dispositions de la CEDH relatives à la non-discrimination (article 14 de la Convention et Protocole n° 12) s'appliquent en premier lieu aux rapports entre les autorités publiques et les personnes privées. Mais on observe d'indéniables recoupements entre la Convention et le projet de loi. Ce dernier couvre le comportement de l'administration publique comme des acteurs privés. La CEDH traite surtout des ingérences de l'État dans les droits, mais la Cour européenne des droits de l'homme a développé sa théorie de l'obligation positive, qui confère certains effets horizontaux (limités) à la Convention. Il n'est donc pas exclu que le projet de loi et la Convention aient un jour à être appliqués simultanément, ce qui requiert qu'ils soient en harmonie.

9. Le présent avis porte uniquement sur les trois projets de loi soumis pour examen. Il ne constitue donc pas une étude complète et approfondie de l'ensemble du cadre juridique et institutionnel de l'égalité et de la non-discrimination de Malte. Il ne couvre pas tous les aspects des projets des lois, se contentant d'en aborder les points principaux et d'indiquer les sujets de préoccupation.

### **III. Projet de loi portant modification de la Constitution et projet de loi sur la Commission pour les droits de l'homme et l'égalité**

#### **A. Esquisse des fonctions et de la composition de la commission**

10. Le projet donne mission à la commission de promouvoir et de protéger les droits de l'homme et le droit à l'égalité de traitement et à la non-discrimination<sup>3</sup>. Les droits de l'homme sont définis comme ceux que garantissent la Constitution, la CEDH et tout autre traité international, dès lors que quiconque peut s'en prévaloir dans les conditions prévues par le droit maltais et en vertu de ce dernier, ainsi que les principes et pratiques reconnus dans la jurisprudence des juridictions maltaises et internationales (article 2)<sup>4</sup>.

11. L'article 4 du projet de loi sur la commission prévoit que cette dernière est composée d'un président (le commissaire aux droits de l'homme et à l'égalité) ainsi que d'au moins dix-huit et d'au plus vingt autres membres. Sur ces dix-huit à vingt membres, huit y siègent d'office (commissaires à divers droits de l'homme nommés par le gouvernement). Les dix, onze ou douze autres sont élus<sup>5</sup> par le Parlement pour quatre ans sur une liste composée par le président de ce dernier à l'issue d'une consultation publique. Le commissaire aux droits de l'homme et à l'égalité est désigné par le ministre<sup>6</sup>. Tous les candidats élus sont nommés par le Président, qui doit pour cela suivre une résolution du Parlement. Les membres ordinaires de la commission sont élus à la majorité simple, le commissaire aux droits de l'homme et à l'égalité à la majorité des deux tiers (dernière phrase du paragraphe 2 de l'article 6). La commission désigne l'un de ses membres comme commissaire adjoint aux droits de l'homme et à l'égalité, sous condition d'approbation du Parlement à la majorité des deux tiers. La révocation d'un membre de la commission (et du commissaire aux droits de l'homme et à l'égalité) est prononcée par le Parlement à la majorité simple.

12. La commission a de multiples fonctions, ce qui en fait un organisme à plusieurs mandats : éduquer le public sur les questions de non-discrimination et d'égalité, faciliter la mise en œuvre de la législation sur l'égalité, participer à la définition de politiques publiques en la matière et surveiller leur déploiement, préparer des rapports et des études et formuler des recommandations, coopérer avec la société civile, assister, notamment sur le plan juridique, les victimes d'atteintes aux droits de l'homme et de discrimination et instruire leurs plaintes (article 13). Et surtout, la commission crée et supervise une entité distincte : le conseil des droits de l'homme et de l'égalité.

13. Le conseil est chargé d'enquêter et de trancher dans les affaires de discrimination et d'atteintes aux droits de l'homme (article 22 du projet). Le texte ayant une portée horizontale

---

<sup>3</sup> À la création de la Commission pour les droits de l'homme et l'égalité, l'ancienne commission nationale pour la promotion de l'égalité des hommes et des femmes perdra ses fonctions, qui seront transférées à la nouvelle commission.

<sup>4</sup> On ne voit pas très clairement si cette restriction (voulant que les droits soient reconnus par le droit maltais) ne porte que sur les droits fondamentaux garantis par d'autres traités internationaux, ou aussi sur les droits protégés par la Constitution ou la CEDH.

<sup>5</sup> La Commission de Venise ne s'explique pas pourquoi le projet de loi ne prévoit pas un nombre fixe de membres élus de la commission ; la solution proposée (nombre variable de membres élus) semble assez inhabituelle.

<sup>6</sup> Le ministre chargé des questions d'égalité.

comme verticale, le conseil connaît des plaintes contre l'État aussi bien que des personnes privées.

14. Le conseil est composé du commissaire aux droits de l'homme et à l'égalité (qui y siège d'office, doit être titulaire d'un diplôme universitaire en droit et posséder l'expérience des questions liées aux droits de l'homme et à l'égalité) et de trois autres personnes aptes à traiter de questions touchant aux droits de l'homme et à l'égalité et possédant une expérience professionnelle d'au moins cinq ans dans le domaine des droits de l'homme (paragraphe 1 de l'article 23). Les membres du conseil (à l'exception du commissaire aux droits de l'homme et à l'égalité) sont nommés par la commission à la majorité qualifiée. Leur mandat est de quatre ans, reconductible une fois (paragraphe 3 de l'article 23). La commission peut les révoquer à la majorité des deux tiers sans condition matérielle imposée à la révocation. Le commissaire aux droits de l'homme et à l'égalité peut être révoqué par le Parlement à la majorité simple, moyennant la contre-signature du Président, pour « inaptitude » à poursuivre l'exercice de ses fonctions.

15. En ce qui concerne les recours, le conseil possède d'amples compétences d'investigation. Dans ce cadre, le commissaire (qui préside à la fois le conseil et la commission) peut pénétrer dans des locaux privés (sauf s'il s'agit d'un domicile privé) sans mandat de justice, les « inspecter » (alinéa a de l'article 25), demander et examiner des documents, convoquer des témoins (article 33), etc. Pendant l'enquête, le conseil peut dans certains cas ordonner des mesures provisoires à caractère contraignant.

16. Point très important : à l'issue de l'examen d'une plainte, le conseil peut prononcer des injonctions à force obligatoire, imposer des réparations à verser aux victimes et accorder des dommages et intérêts pécuniaires ou non (jusqu'à concurrence de 10 000 euros dans ce dernier cas). Ses décisions peuvent être contestées devant la Cour d'appel (juridiction supérieure)<sup>7</sup>. Si la partie condamnée néglige la décision du conseil et ne prend pas les mesures requises, le conseil peut lui infliger une amende pouvant atteindre 20 000 euros au total (paragraphe 1 de l'article 39) ou 500 euros par jour (paragraphe 2 de l'article 39).

## **B. Aperçu général du modèle institutionnel proposé**

17. Il existe plusieurs modèles acceptables d'organisation d'une institution nationale des droits de l'homme ou d'un organisme de promotion de l'égalité<sup>8</sup>. Le projet de loi sur la commission crée un organisme centralisé et largement autonome de défense des droits de l'homme et de l'égalité, possédant des compétences et des pouvoirs étendus, ce dont on peut se féliciter. Son ancrage constitutionnel est également une bonne chose, car il le met à l'abri des aléas de la vie politique<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Voir Article 42 (1) du projet de loi sur la commission.

<sup>8</sup> L'ECRI indique dans sa RPG n° 2 que les organismes de promotion de l'égalité peuvent revêtir diverses formes : organismes chargés d'un ou de plusieurs fonctions, autonomes ou intégrés dans une institution dotée de plusieurs mandats ; ils pourraient endosser des fonctions de promotion de l'égalité, de prévention des discriminations, d'assistance aux personnes exposées à la discrimination, et de traitement en leur nom du contentieux (article 10). De plus, ils peuvent être chargés de statuer sur les plaintes (alinéa c du paragraphe 10). La Directive 2006/54/CE de l'UE sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail dit (alinéa 1 du paragraphe 20) que les organismes chargés de contrôler le respect du principe de l'égalité de traitement « peuvent faire partie d'organes chargés de défendre à l'échelon national les droits de l'homme ou de protéger les droits des personnes ». La déclaration et le programme d'action de Vienne (1993) prévoient que chaque État a le droit de choisir pour ses institutions nationales « le cadre le mieux adapté aux besoins particuliers du pays » (paragraphe 36).

<sup>9</sup> CDL-AD(2004)041, Avis conjoint sur le projet de loi relatif au médiateur de Serbie par la Commission de Venise, le Commissaire aux droits de l'homme et la Direction générale des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, paragraphe 9.

18. Malte va toutefois au-delà des *exigences* des normes internationales et européennes au moins sur un point : elle crée un conseil rattaché à la commission, et lui donne certains pouvoirs. Comme on le verra ci-dessous, bien que la Recommandation de politique générale n° 2 de l'ECRI suggère de conférer certaines fonctions juridictionnelles aux organismes de promotion de l'égalité, les caractéristiques du conseil et l'ampleur de ses pouvoirs suscitent des questions d'ordre constitutionnel et sur le plan du droit international relatif aux droits de l'homme.

### C. Rôle du conseil dans le modèle institutionnel proposé

19. Dans le modèle proposé, le conseil nommé par la commission et institutionnellement rattaché à elle dispose d'amples pouvoirs d'enquête et de très larges compétences en cas de soupçons de violation des droits de l'homme et dans les affaires de discrimination<sup>10</sup>. La notion de droits de l'homme est définie à l'article 2 du projet de loi ; elle englobe notamment tous les droits et libertés fondamentaux garantis par la Constitution et la CEDH. Le commissaire aux droits de l'homme et à l'égalité, qui préside le conseil, possède des pouvoirs d'investigation comparables à ceux d'un procureur, ou de la police, voire d'un juge : il peut, par exemple, pénétrer dans des locaux privés et les « inspecter » (à quelques exceptions près), saisir des documents et convoquer des témoins.

20. Il importe de noter que le conseil peut octroyer des dommages et intérêts (pécuniaires ou non) à titre civil, et imposer des sanctions financières à caractère punitif (pour non-respect de ses décisions). Sa juridiction est parallèle à celle des tribunaux civils (articles 27 et 28 du projet de loi sur l'égalité). En bref, il a les mêmes pouvoirs qu'un tribunal à de nombreux égards, avec une très large compétence matérielle (tout ce qui touche aux droits de l'homme et à l'égalité). La Commission de Venise a examiné ce dispositif dans une double optique : constitutionnelle et internationale.

#### 1. Au regard de la Constitution

21. La Commission de Venise observe que l'article 64B n'est pas très précis : il dit que la commission peut *enquêter* dans les affaires liées à l'égalité de traitement et au principe de non-discrimination. Mais le projet de loi la concernant prévoit en même temps un mandat plus large : elle connaît aussi des atteintes aux droits de l'homme (ce qui découle également de son nom). Le projet de loi sur la commission attribue par ailleurs la fonction *d'enquête* non pas à la commission elle-même, mais au conseil. Enfin, il habilite ce dernier non seulement à enquêter, mais aussi à formuler des décisions exécutoires à force contraignante sur le fond de l'affaire. Cette compétence *juridictionnelle* ne figure pas dans le nouvel article 64B ; or c'est le point le plus important et le plus problématique de la réforme.

22. Dans sa RPG n° 2, l'ECRI dit qu'un organisme de promotion de l'égalité peut également se voir attribuer la fonction de statuer sur des plaintes, qui peut être partagée entre les organismes de promotion de l'égalité et le système judiciaire, ou relever entièrement du système judiciaire (paragraphe 10)<sup>11</sup>. La Commission de Venise, pour sa part, a approuvé la création de tribunaux

---

<sup>10</sup> Article 14 du projet de loi sur la commission : le conseil peut enquêter sur toute question relative à des atteintes aux droits de l'homme et/ou au principe d'égalité de traitement et de non-discrimination. Les droits de l'homme sont définis à l'article 2 du projet de loi sur la commission.

<sup>11</sup> Voir également le paragraphe 8 du rapport de l'Agence des droits fondamentaux (FRA) *L'accès à la justice en cas de discrimination dans l'UE — Vers une plus grande égalité*, dans lequel la FRA recommande d'« habiliter les organismes de promotion de l'égalité de type quasi judiciaire et les autres institutions administratives/judiciaires à rendre des décisions juridiquement contraignantes. Ils devraient aussi être habilités à rendre des décisions proportionnées, dissuasives et effectives, y compris en accordant un dédommagement et en ciblant les problèmes systémiques. » En ce qui concerne les sanctions, l'article 15 de la directive 2000/43 sur l'égalité de traitement sans distinction de race, prévoit que les États membres établissent les règles relatives aux sanctions applicables en cas d'infraction aux dispositions nationales adoptées conformément à cette directive et prennent toutes les mesures nécessaires pour assurer leur application. Les sanctions, qui peuvent comprendre le versement d'une

spécialisés dans des domaines clairement définis du droit exigeant des juges une formation et des compétences particulières<sup>12</sup>. En principe il serait donc acceptable de confier à un organisme de promotion de l'égalité une fonction quasi judiciaire dans un domaine particulier.

23. Mais les tribunaux spécialisés ou autres juridictions spéciales ne doivent pas éroder l'autorité des structures fondamentales de la justice mises en place par la constitution. La Constitution maltaise autorise la création d'autres « autorités juridictionnelles » qui ne constituent pas des tribunaux ordinaires, mais peuvent exercer leurs fonctions judiciaires dans les limites définies par la loi<sup>13</sup>. Son article 46 dit que la première chambre du tribunal civil constitue la première juridiction dans les recours liés à des dispositions constitutionnelles touchant aux droits de l'homme, y compris la disposition de l'article 45 relative à la non-discrimination. Ces affaires sont entendues en appel par la Cour constitutionnelle. On peut alors se demander si le modèle proposé pour le conseil s'insère bien dans ce dispositif constitutionnel.

24. La mention des droits de l'homme dans le nom de la commission, au nouvel article 64B de la Constitution, implique que le mandat de la commission couvre la protection des droits de l'homme, ce que confirme le projet de loi<sup>14</sup>. Cela veut dire que les compétences du conseil doublent celles du tribunal civil. *L'étendue* de ce chevauchement dépend de plusieurs facteurs, comme le fait que la Constitution garantisse ou non l'effet horizontal de certains droits de l'homme (en particulier en ce qui concerne la non-discrimination), que la protection de la loi accordée par les tribunaux civils couvre ou non les deux parties dans les affaires relatives aux droits de l'homme, que la justice civile ne connaisse que des affaires relatives aux droits de l'homme entre une personne privée et l'État, ou aussi de celles qui opposent des personnes privées, etc. En tout cas, les auteurs du projet avaient conscience de la possibilité de chevauchements, et ont donné au conseil et au tribunal civil des compétences *parallèles* en matière de droits de l'homme et d'égalité (paragraphe 16 et alinéas b et d du paragraphe 28 du projet ; voir également le paragraphe 1 de l'article 27 du projet de loi sur l'égalité). Ils ont en outre ouvert deux voies de recours distinctes: les décisions du tribunal civil en matière de droits de l'homme sont contestées devant la Cour constitutionnelle, celles du conseil devant la Cour d'appel.

25. Il a été expliqué aux rapporteurs que dans le système maltais, la Cour d'appel comporte deux chambres, dont l'une peut aussi faire fonction de Cour constitutionnelle. Le projet de loi ne précise pas que c'est la chambre « constitutionnelle » de la Cour d'appel qui examine les recours formés contre des décisions du conseil. À l'entrée en fonction de ce dernier, des affaires très semblables pourraient donc remonter jusqu'à deux instances supérieures différentes, ce qui risquerait de susciter des incohérences dans la juridiction et, en tout état de cause, des inégalités dans le droit au recours des parties à un litige.

---

indemnisation à la victime, doivent être effectives, proportionnées et dissuasives (voir également l'article 17 de la directive 2000/78 et à l'article 14 de la directive 2004/114 et la jurisprudence de la CJUE, à savoir l'affaire C-180/95 Draempaehl, paragraphe 25, voir également l'affaire C-271/91 Marshall).

<sup>12</sup> Voir, par exemple, CDL-AD(2017)020, Ukraine - avis relatif au projet de loi sur les juridictions anticorruption et projet de loi portant révision de la loi sur le système judiciaire et le statut des juges (concernant l'institution d'une spécialisation obligatoire des juges chargés des infractions de corruption et des infractions connexes).

<sup>13</sup> La Constitution dit que la règle générale (compétence de la justice civile en matière de droits de l'homme) s'applique sans préjudice de toute autre action engagée offerte par la loi dans la même affaire (paragraphe 1 de l'article 46). Le tribunal civil peut par ailleurs se récuser si la personne concernée dispose ou disposait d'autres moyens adéquats de faire cesser la violation alléguée en vertu de toute autre loi (paragraphe 2 de l'article 46). L'article 99 de la Constitution dit qu'il existe à Malte et pour Malte des juridictions inférieures investies des pouvoirs et compétences prévues dans tout texte de loi tant que ledit texte est en vigueur à Malte. Le paragraphe 2 de l'article 39 de la Constitution prescrit que tout tribunal ou autre autorité appelé *par la loi* à juger de l'existence ou de la portée de droits ou d'obligations à caractère civil doit être indépendant et impartial (c'est nous qui soulignons).

<sup>14</sup> Voir le paragraphe 1 de l'article 27 et le paragraphe 1 de l'article 28 du projet de loi sur l'égalité ; voir également les articles 15, 16, 18, 19 et 22 du projet de loi sur la commission.

26. La Commission de Venise estime que ce modèle risque de priver l'accusé du « juge naturel » et restreindre son accès à la justice<sup>15</sup>. C'est en fait au plaignant d'opter pour le tribunal civil ou le conseil, et son choix s'impose au défendeur. La Commission de Venise rappelle que le projet de loi sur l'égalité prévoit que le défendeur peut être une personne privée physique aussi bien que morale. Même si la doctrine maltaise ne reconnaît pas le « juge naturel »<sup>16</sup>, une telle situation désavantage le défendeur devant le plaignant. De plus, dans les affaires soumises au conseil, le défendeur ne pourra se pourvoir spécifiquement devant la Cour constitutionnelle (puisque les décisions du conseil sont contestées devant la Cour d'appel), un droit pourtant garanti par la Constitution. Ces problèmes ne se poseraient pas si la compétence du conseil était soumise à accord entre les deux parties dans chaque affaire, ou si le défendeur était une entité publique.

27. Les raisons de cette réforme ont été expliquées aux rapporteurs à Malte. Actuellement, les atteintes à la non-discrimination et aux droits de l'homme sont rarement signalées, ce qui s'explique par la peur, par l'idée que les victimes de discrimination se font de la situation, ainsi que par la complexité de l'accès à la justice et les obstacles dressés sur sa route. Le conseil devrait jouer un rôle plus proactif : il ne sera plus nécessaire de se faire assister par un avocat, ce qui réduira les frais de justice, et les membres du conseil connaîtront mieux les traits particuliers et les effets de la discrimination. Le conseil ouvrira ainsi un accès plus aisé, moins formel et plus rapide à la justice, ce qui permettra de venir à bout des craintes et des idées préconçues.

28. La Commission de Venise a conscience que la protection des droits de l'homme et la promotion de l'égalité peuvent buter dans la réalité sur les insuffisances existantes de la justice : lourdeur des frais de justice, longueur excessive des procédures, déficit de formation spécialisée des juges, etc. Mais c'est au sein du système judiciaire lui-même qu'il conviendrait de remédier à ces insuffisances. Le nouveau conseil risquerait d'absorber une très grande partie de la compétence juridictionnelle de la justice civile. S'il est perçu comme plus favorable aux intérêts du plaignant, voire des deux parties du fait qu'il est plus accessible, informel et rapide, c'est à lui qu'iront la plupart des affaires touchant aux droits de l'homme et à l'égalité (fréquemment celles qui ont le plus de visibilité et d'importance dans un système judiciaire), et cela videra de son sens la disposition constitutionnelle sur la compétence première de la justice civile et de la Cour constitutionnelle en la matière. Ce chevauchement des compétences de la justice civile et du conseil sur des questions aussi larges pourrait aussi créer d'autres problèmes<sup>17</sup>.

29. La Commission de Venise considère donc que les pouvoirs juridictionnels que donne au conseil le projet de loi peuvent faire apparaître de graves problèmes d'ordre constitutionnel. À son avis, si les auteurs du projet tiennent à maintenir cette fonction juridictionnelle du conseil, il faudrait qu'ils tracent précisément les limites de cette quasi-juridiction, qu'ils remodelent son architecture institutionnelle et renvoient la procédure devant le conseil (la section suivante revient sur ce point). Ce sont bien sûr le législateur, et en dernier ressort la Cour constitutionnelle de Malte, qui doivent avoir le dernier mot sur ces questions constitutionnelles.

---

<sup>15</sup> La création de cette nouvelle voie de recours, en parallèle à la justice civile, doit aussi être examinée à la lumière de l'article 13 de la CEDH, qui impose à l'État d'offrir un recours effectif contre les violations des droits de l'homme.

<sup>16</sup> Voir CDL-AD(2017)031, Pologne - avis sur le projet de loi portant réforme de la loi sur le Conseil national de la magistrature ; sur le projet de loi portant amendement de la loi sur la Cour suprême, proposée par le Président de la République de Pologne et de la loi sur l'organisation des tribunaux ordinaires, paragraphe 87.

<sup>17</sup> Par exemple, si le même acte discriminatoire affecte deux personnes ou plus, elles pourraient choisir des voies de recours différentes. Le paragraphe 1 de l'article 28 du projet de loi dit toutefois que le conseil peut refuser d'examiner une affaire déjà en instance sur le fond devant la justice civile ; mais il ne s'agit que d'un droit du conseil, et non d'une obligation juridique. Or l'article 46 de la Constitution dit que le tribunal civil peut se récuser dans toute affaire s'il constate que la personne concernée dispose ou disposait d'autres moyens adéquats de faire cesser la violation alléguée en vertu de toute autre loi. Ce qui veut dire que l'affaire peut faire la navette entre les deux juridictions.



## 2. Au regard de la CEDH

30. Il convient aussi d'examiner le modèle proposé à la lumière des normes internationales relatives aux droits de l'homme, à savoir l'article 6 de la CEDH, qui garantit le droit de quiconque à ce que sa cause soit entendue équitablement par un tribunal indépendant et impartial.

31. La Commission de Venise rappelle qu'au regard du paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention, un tribunal ne doit pas nécessairement être un organe juridictionnel intégré aux structures judiciaires ordinaires du pays : dans ce contexte, le terme est caractérisé, dans son sens matériel, par la fonction juridictionnelle de l'organe, c'est-à-dire sa capacité de statuer sur une question relevant de sa compétence sur la base des normes de droit et à l'issue d'une procédure dûment organisée. Il doit aussi satisfaire à un certain nombre d'exigences (indépendance, en particulier à l'égard de l'exécutif, impartialité et garanties de procédure), dont plusieurs figurent dans le texte du paragraphe 1 de l'article 6<sup>18</sup>. Ce qui veut dire que si le conseil est un tribunal au sens de l'article 6 de la CEDH, il doit offrir toutes les garanties fondamentales d'indépendance et d'impartialité, et dans ses procédures faire en sorte que la cause soit entendue équitablement.

32. L'article 42 du projet de loi sur la commission dit que les décisions du conseil peuvent être contestées devant la Cour d'appel. La Cour européenne des droits de l'homme a toutefois dit à plusieurs reprises que si un organe juridictionnel statuant dans des litiges portant sur des droits et des obligations de caractère civil ne réunit pas toutes les conditions du paragraphe 1 de l'article 6, il n'est pas possible de conclure à une violation de la Convention si la procédure devant ledit organe peut ensuite être révisée par un organe de pleine juridiction et offrant les garanties prévues audit article<sup>19</sup>. Cela dit, la jurisprudence de la Cour évolue à cet égard, et est ouverte à interprétation<sup>20</sup>.

33. Mais il sera nécessaire de revenir sur certains modes de fonctionnement du conseil. On peut se demander si, dans les circonstances d'espèce, la possibilité de faire appel devant la cour de justice compense l'absence de toutes les garanties judiciaires au niveau du conseil. On ne voit pas très bien si la Cour d'appel aura pleine juridiction sur les décisions du conseil. Mais, plus important, la Constitution maltaise semble placer les «tribunaux» et les «autres organes juridictionnels» dans la même catégorie par rapport aux exigences d'indépendance et d'impartialité. Ainsi, l'article 39 (2) de la Constitution proclame que « tout tribunal ou autre organe juridictionnel prescrit par la loi pour déterminer l'existence ou l'étendue des droits ou obligations de caractère civil doit être indépendant et impartial ». Dans un tel système, il serait logique que le conseil remplisse les mêmes critères fondamentaux d'indépendance et d'impartialité et d'autres principes de procès équitable (voir paragraphe 26 ci-dessus).<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Voir, par exemple, Cour européenne des droits de l'homme, *Olujić c. Croatie*, n° 22330/05, 5 février 2009, paragraphe 37 ; dans cette affaire, la Cour européenne des droits de l'homme a dit que le Conseil national de la magistrature, statuant sur la responsabilité disciplinaire du juge, avait exercé des fonctions juridictionnelles et constitué un tribunal au sens du paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention, et qu'il devait donc satisfaire aux critères d'impartialité et offrir les garanties d'un procès équitable — et cela malgré la possibilité de recours devant la Cour constitutionnelle (paragraphe 37).

<sup>19</sup> *Fazia Ali c. Royaume-Uni*, n° 40378/10, 20 octobre 2015, paragraphe 75, avec référence à *Albert et Le Compte c. Belgique*, 10 février 1983, paragraphe 29, série A n° 58.

<sup>20</sup> Pour un examen de ce point, voir CDL-AD(2015)045, Avis intérimaire sur le projet d'amendements à la Constitution concernant le système judiciaire de l'Albanie, paragraphe 51, avec références à *Albert et Le Compte c. Belgique* et *Olujić c. Croatie*.

<sup>21</sup> Dans la mesure où le conseil peut, en tant que juridiction, statuer sur des questions relatives à l'application ou à l'interprétation du droit de l'Union, il convient également de prendre en compte les normes établies par la Cour de justice de l'Union européenne (voir, par exemple, l'arrêt du CCJE du 27 février 2018, affaire C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses c. Tribunal de Contas*).

34. C'est pourquoi la Commission de Venise arrive à la conclusion que le conseil devrait remplir les critères fondamentaux d'indépendance et d'impartialité, avec des procédures garantissant un procès équitable<sup>22</sup>. Le modèle proposé dans le projet de loi sur la commission nécessite de notables améliorations sur ce plan.

35. Aucun des membres du conseil n'est juge (article 23 du projet de loi). Seul l'un d'entre eux doit être juriste (même s'il ne lui est pas demandé de posséder les autres qualifications et compétences exigées d'un candidat à un poste de juge). Le statut des autres membres (pour ce qui est du mode de nomination, de la rémunération, de l'inamovibilité, de la révocation anticipée et de la discipline) est bien loin de celui d'un juge<sup>23</sup>. Eu égard à la mission particulière du conseil, il serait possible d'exiger de ses membres, outre les qualifications ordinaires d'un juge, une formation ou une expérience spéciales en matière d'égalité et de non-discrimination. Faute de quoi, le conseil pourrait inclure des membres non juges possédant les qualifications requises ; mais pour l'essentiel, sa composition devrait être surtout judiciaire.

36. Le conseil a des liens institutionnels étroits avec la commission. Comme on le verra ci-dessous, cette dernière jouit d'une certaine autonomie, mais elle n'est pas indépendante dans la mesure où la majorité parlementaire a une influence déterminante sur la nomination de presque tous ses membres (voir paragraphes 47 *sqq.*). La commission remplit par ailleurs un double rôle à l'égard du conseil. Le projet de loi l'habilite à assister les victimes de violations de droits de l'homme et de discrimination (alinéa l de l'article 13). Son article 15 l'autorise à saisir elle-même le conseil. D'une façon plus générale, elle a des fonctions de promotion, dont celle de participer à la définition des politiques de l'État en la matière. Ces fonctions sont importantes, mais elles amènent la commission à jouer un rôle proactif, ce qui l'empêchera d'être parfaitement impartiale. Elle nomme quatre membres du conseil (sur cinq), et veille à ce que ce dernier s'acquitte de ses fonctions conformément aux dispositions de la loi (alinéa k de l'article 13). Le commissaire aux droits de l'homme et à l'égalité préside les deux organes. Sur le plan financier et administratif, on ne voit pas clairement si le conseil dispose d'une autonomie suffisante à l'égard de la commission elle-même ; il semblerait que son budget soit géré par cette dernière.

37. La Commission de Venise répète que sur le plan constitutionnel, il convient de revenir sur le paramétrage du conseil dès lors que lui sont conférées des fonctions juridictionnelles. En admettant qu'il soit possible de rendre ce modèle compatible avec la Constitution, les membres du conseil devraient avoir des qualifications et une expérience identiques (ou comparables) à celles qui sont exigées des candidats à des fonctions de juge (avec des exigences additionnelles concernant la connaissance des questions de non-discrimination, d'égalité et de droits de l'homme). La loi devrait conférer aux membres du conseil la même immunité fonctionnelle qu'au juge. La durée de fonction d'un membre du conseil devrait être allongée, et son mandat ne devrait en principe pas être reconductible<sup>24</sup>. La disjonction institutionnelle devrait être plus nette entre le conseil et la commission.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Ces garanties d'indépendance et d'impartialité ne doivent pas nécessairement être exactement les mêmes pour le conseil et pour les tribunaux ordinaires. Dans ces derniers, le juge peut avoir un statut différent de celui d'un membre du conseil — l'inamovibilité, par exemple (voir article 100 de la Constitution maltaise). Le statut des membres du conseil ainsi que les exigences auxquelles doivent satisfaire leur nomination et leur révocation n'en devraient pas moins garantir suffisamment leur indépendance et leur impartialité.

<sup>23</sup> Il n'est pas exclu que la commission puisse jouer un certain rôle dans la gouvernance du conseil et la nomination de certains de ses membres.

<sup>24</sup> La Commission de Venise renvoie les autorités aux normes et aux bonnes pratiques européennes en la matière, synthétisées dans le Rapport sur l'indépendance du système judiciaire — Partie I : L'indépendance des juges (CDL-AD(2010)004).

<sup>25</sup> Ce qui précède n'exclut pas qu'un organe juridictionnel puisse se voir confier certaines autres fonctions, à condition de ne pas entraver son impartialité - par exemple, il peut être invité à donner un avis sur le projet de loi relatif à son domaine de travail.

38. La procédure d'examen des plaintes individuelles par le conseil constitue un autre problème. Il n'est pas précisé et l'on ne voit pas clairement si la procédure devant le conseil est publique et contradictoire, et si les décisions du conseil doivent être publiées. Le conseil connaissant de droits et d'obligations civils, ses procédures devraient offrir toutes les garanties du procès équitable évoquées au paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention — et cela d'autant plus qu'il peut imposer des amendes à caractère punitif, ce qui ferait relever l'ensemble de la situation du paragraphe 3 de l'article 6 de la Convention, qui impose un surcroît d'exigences procédurales.

39. Les fonctions juridictionnelles du conseil vont donc jusqu'à le conduire à statuer sur des droits et des obligations civils (et probablement aussi sur des chefs d'inculpation à caractère pénal) ; or la Commission de Venise estime que, par sa composition et le statut de ses membres, le conseil tel qu'il est actuellement proposé ne jouit pas de l'indépendance exigée par l'article 6 de la CEDH, et que ses procédures n'offrent pas toutes les garanties d'un procès équitable<sup>26</sup>.

#### **D. Composition, fonctions et compétences de la Commission pour les droits de l'homme et l'égalité**

40. Dans la présente section, la Commission de Venise se penche sur les caractéristiques institutionnelles et procédurales de la commission, sans revenir sur ses rapports avec le conseil et la fonction juridictionnelle de ce dernier, qui ont été traités précédemment.

##### **1. Équilibre entre les droits de l'homme et l'égalité dans la mission de la commission**

41. La commission a une double mission couvrant les droits de l'homme et l'égalité. Le préambule semble subordonner l'égalité en lui donnant un statut subsidiaire (promotion et protection des droits de l'homme, *y compris* le droit à l'égalité de traitement et à la non-discrimination). La principale norme, en ce qui concerne les organismes à mandats multiples, est la RPG n° 2 de l'ECRI sur les organismes de promotion de l'égalité, qui demande que le mandat de ces organismes, en ce qui concerne l'égalité, couvre la promotion et la réalisation de l'égalité, la prévention et l'élimination des discriminations et de l'intolérance, *y compris* la discrimination structurelle et le discours de haine, ainsi que la promotion de la diversité et des bonnes relations entre les personnes appartenant aux différents groupes de la société (alinéa a du paragraphe 4). C'est la première norme internationale à traiter des problèmes particuliers que posent les organismes à mandats multiples dans ce domaine. Le projet de loi ne précise pas clairement le mode de répartition des ressources et du temps entre les deux missions de la commission. La RPG n° 2 dit que « des ressources humaines et financières appropriées devraient être allouées par rapport à chacun des mandats », et qu'il convient d'« assurer une direction, promotion et visibilité claires du mandat pour l'égalité », et d'« accorder une importance adéquate [dans les rapports] aux questions soulevées et aux actions menées dans le cadre du mandat pour l'égalité » (paragraphe 7).

42. Il existe plusieurs façons d'atteindre ces buts. L'article 5 du projet de loi pourrait exiger une répartition équilibrée de l'expérience et des compétences entre l'égalité et les droits de l'homme dans la composition définitive de la commission. L'article 20 du projet pourrait exiger que le rapport annuel de la commission contienne une présentation du travail fourni au titre de chaque mandat, avec des recommandations distinctes d'actions visant à améliorer la situation dans chacun des domaines. La commission devrait avoir la maîtrise générale de la répartition des ressources entre ses fonctions et ses tâches, dans les limites de son budget global ; faute de quoi, son indépendance et sa capacité de définir des priorités en la matière pourraient être

---

<sup>26</sup> Comme l'a indiqué plus haut la Commission de Venise, il n'est en outre pas certain que la possibilité de contester les décisions du conseil devant la justice pallie ces insuffisances.

érodées<sup>27</sup>. La législation pourrait prôner l'équilibre de la répartition des ressources entre les deux missions.

## 2. Fonctions de la commission

43. Le nouvel article 64B de la Constitution n'évoque, à propos de la commission, que sa fonction d'enquête sur les atteintes à l'égalité de traitement et au principe de la non-discrimination qui lui sont rapportées. Cet ancrage constitutionnel de la commission est important, mais il devrait mentionner l'ensemble de sa mission de protection des droits de l'homme, de promotion de l'égalité et de lutte contre la discrimination. Le nom de l'organisme implique qu'il connaîtra d'un large spectre de questions touchant aux droits de l'homme et à l'égalité. On ne voit pas clairement comment la mission et les compétences de la commission s'articulent avec ceux des autres organismes auxquels la Constitution attribue des missions et des compétences similaires ou concurrentes, comme le médiateur parlementaire (article 64A), la commission du service public (articles 109 *sqq.*), qui s'occupe de la nomination des agents de l'État, et la commission de l'emploi (article 120 de la Constitution), dont le mandat constitutionnel mentionne explicitement la prévention de la discrimination sur le critère des opinions politiques. Si tout cela n'est pas clarifié, la coexistence de plusieurs organismes de défense des droits de l'homme et de promotion de l'égalité se traduira par un gaspillage de ressources, de la confusion, ainsi que des choix tactiques ou malavisés des plaignants.

44. L'article 13 du projet de loi sur la commission attribue à cette dernière des fonctions largement conformes aux exigences définies dans les directives de l'UE sur l'égalité de traitement en ce qui concerne les organes de promotion de l'égalité. Mais on observe quelques divergences entre l'article 13 de la RPG n° 2 de l'ECRI (compétences en matière de promotion et de prévention) et l'article 13 du projet de loi (fonctions de la commission). La capacité de mener des enquêtes et de réaliser et de commander des études (alinéas c et d de l'article 13 de la RPG n° 2), et celle de développer et de favoriser l'adoption de standards et de bonnes pratiques ne figurent pas avec une clarté suffisante dans le projet de loi<sup>28</sup>. On constate d'autres écarts avec l'article 14 de la RPG n° 2 de l'ECRI (compétences en matière d'assistance et de traitement du contentieux). Autres lacunes importantes : les procédures de conciliation auxquelles un organisme de promotion de l'égalité devrait normalement pouvoir recourir<sup>29</sup>, et la capacité d'intervenir en qualité d'*amicus curiae*<sup>30</sup>. Au paragraphe 2 de l'article 3 du projet de loi, l'exigence d'impartialité fait problème en évoquant l'accomplissement de ces fonctions particulières. À l'article 13, il importerait par ailleurs de définir les fonctions sous la forme de la mission générale confiée à l'organisme par le projet de loi (protéger les droits de l'homme, promouvoir l'égalité et lutter contre la discrimination), et non pas simplement par la notion plus étroite d'égalité de traitement.

45. La fonction d'exécution de la mission de promotion de l'égalité définie aux articles 14, 22, 23, 24 et 25 du projet de loi sur l'égalité ne ressort pas clairement du projet de loi sur la commission. Comme on le verra ci-dessous, les obligations liées à l'égalité sont formulées dans le projet de loi sur l'égalité comme des exigences générales, et non pas un devoir juridique spécifique,

---

<sup>27</sup> La commission devra nécessairement avoir un budget annuel approuvé par le Parlement. Il est également naturel que ce budget comporte des dépenses prioritaires. Mais il devrait laisser une marge de manœuvre notable à la commission pour décider par elle-même de la répartition de ses ressources en fonction de ses besoins courants, dans les limites de son enveloppe.

<sup>28</sup> Le projet de loi donne des fonctions et des compétences de la commission une description large et globale. L'alinéa d de l'article 13 mentionne la préparation de rapports consultatifs pouvant appeler des recherches ; l'article 14 donne liberté à la commission pour étudier des questions de son ressort et préparer des rapports à leur sujet, ce qui inclut la capacité de mener des enquêtes. Il devrait être possible d'interpréter les dispositions du projet de loi à la lumière des recommandations afférentes de l'ECRI.

<sup>29</sup> *Ibidem*, Article 14b.

<sup>30</sup> *Ibidem*, Article 14e.

accompagné de sanctions. Or ces exigences générales devraient déboucher sur des actions concrètes des entités concernées (étude des problèmes, préparation et réalisation des actions visant à la réalisation des objectifs d'égalité). Il conviendrait d'associer la commission au bon fonctionnement de ce processus. Il est proposé d'ajouter une fonction à l'article 13 du projet : contribuer à développer et à soutenir le recours aux actions positives en ce qui concerne l'égalité et les droits de l'homme<sup>31</sup>.

46. L'alinéa a de l'article 4 de la RPG n° 2 sur les organismes de promotion de l'égalité suggère que le mandat de ces organismes couvre l'élimination du discours de haine. Le projet de loi sur l'égalité contient quelques règles à ce sujet : il interdit par exemple la discrimination par harcèlement (qui peut parfois rejoindre le discours de haine) et la discrimination dans la publicité. La Commission de Venise admet que les formes graves de discours de haine peuvent être traitées comme des infractions, et ainsi relever de la mission de la police et du ministère public. La commission pourrait lutter contre le discours de haine en général, sans pour autant empiéter sur les domaines réservés au parquet et à la police.

### **3. Composition de la commission et statut de ses membres : indépendance, efficacité et redevabilité**

47. La commission est un organisme d'une taille relativement importante, particulièrement pour Malte (sachant que le Parlement maltais ne compte que 67 députés, par exemple). Cela provient en partie de la présence de huit membres d'office, qui semble viser à la coordination entre les organismes concernés. Mais cette lourdeur de la commission pourrait nuire à son efficacité<sup>32</sup>. Il pourrait être plus avantageux d'assurer la coordination par d'autres moyens (comme la création d'un comité consultatif permanent formé des membres d'office).

48. La RPG n° 2 dit (au paragraphe 22) que les organismes de promotion de l'égalité « devraient jouir d'une pleine indépendance au plan institutionnel et au niveau opérationnel ». Sa section VIII énumère en détail les garanties minimales de son indépendance. La Commission de Venise souligne que cette indépendance ne doit pas nécessairement être la même que celle d'une juridiction (ou d'un organe de gouvernance de la justice, comme un conseil de la magistrature). Les Principes de Paris, par exemple, ne mentionnent que la composition pluraliste (reflétant un large spectre d'opinions et de domaines), la stabilité du mandat, une infrastructure et un financement appropriés.

49. Le projet de loi contient plusieurs garanties importantes d'indépendance de la commission. Cette dernière est dotée de la personnalité morale, et possède un budget distinct, approuvé par le Parlement. Ses membres ne sont sous les ordres ou le contrôle d'aucune autre personne ou autorité dans l'exercice des fonctions définies dans la loi (paragraphe 3 de l'article 3). La commission fixe librement son programme de travail et ses priorités, et procède à des enquêtes de sa propre initiative (alinéa a de l'article 14). Ses membres ne doivent pas, pendant toute leur durée de fonction, occuper de postes incompatibles avec l'exercice de leur charge officielle ou avec leur impartialité et leur indépendance. Toutes ces dispositions sont bienvenues.

---

<sup>31</sup> Voir alinéa i du paragraphe 13 de la RPG n° 2.

<sup>32</sup> Les Principes concernant le statut des institutions nationales (Principes de Paris) des Nations Unies disent que « les institutions nationales doivent disposer d'une infrastructure adaptée au bon fonctionnement de leurs activités » (paragraphe 2 de la section sur la composition et les garanties d'indépendance et de pluralisme). Ils prévoient aussi que les institutions nationales doivent « entretenir une concertation avec les autres organes juridictionnels ou non, chargés de la protection et de la promotion des droits de l'homme (notamment ombudsmans, médiateurs, ou d'autres organes similaires) » (alinéa f de la section sur les modalités de fonctionnement). Il convient alors de se demander si « entretenir une concertation » exige la présence de membres d'office. La RPG n° 2 de l'ECRI mentionne aussi l'importance de la coordination, mais prône une autre approche que celle que suggère le projet de loi sur la commission ; elle recommande le recours à des accords de coopération avec des organisations aux objectifs similaires et des actions visant à une communauté de vues sur les principaux enjeux liés à l'égalité (alinéa o du paragraphe 13).

50. La plupart des membres élus de la commission sont choisis par le Parlement à la majorité simple. Seul le commissaire aux droits de l'homme et à l'égalité (qui préside la commission) est élu à la majorité des deux tiers. La Commission de Venise n'a pas procédé à un examen approfondi du mode de nomination des membres d'office ; mais d'après les explications données à Malte, il semblerait qu'ils soient tous nommés par le gouvernement. Ce qui veut dire que la grande majorité des membres de la commission tiennent leur mandat de la majorité au pouvoir.

51. La Commission de Venise rappelle sa recommandation à l'« Ex-République yougoslave de Macédoine » : « vu l'importance des attributions et des pouvoirs de la commission, les autorités devraient peut-être envisager que ses membres soient élus par le Parlement à la majorité qualifiée (des deux tiers, par exemple), avec un dispositif antiblocage »<sup>33</sup>.

52. Cette recommandation reste valable : la majorité au pouvoir doit arriver à un compromis avec l'opposition sur la nomination des membres de la commission. Il serait possible d'atteindre le même but par d'autres moyens que la majorité qualifiée. Le projet de loi pourrait par ailleurs être plus détaillé sur la présélection des candidats, de sorte qu'ils ne soient pas choisis seulement pour leur allégeance politique. Le texte est très succinct en ce qui concerne la nomination des membres de la commission, se contentant de dire qu'une liste de personnes désignées est présentée au Parlement à l'issue d'une consultation publique (paragraphe 1 de l'article 6). La RPG n° 2 de l'ECRI demande que les nominations se fassent dans le cadre de procédures transparentes, participatives et centrées sur les compétences<sup>34</sup>. Le projet de loi ne garantit pas en soi « la représentation pluraliste des forces sociales [...] concernées par la promotion et la protection des droits de l'homme », telles les ONG participant à la lutte contre la discrimination, les organisations professionnelles, les universités, etc. — un critère fondamental des Principes de Paris. Il conviendrait de compléter le projet de loi dans ce sens.

53. Les membres de la commission peuvent être révoqués dans certaines circonstances prédéfinies, ou lorsque la personne concernée est considérée comme inapte à l'exercice de ses fonctions (alinéa c du paragraphe 1 de l'article 10), en cas d'incompatibilité, par résolution du Parlement et décision du Président. Les notions d'inaptitude et d'incompatibilité utilisées ici ouvrent la porte à la révocation pour des raisons essentiellement politiques. Il convient de remanier cette disposition pour protéger les membres de la commission contre la révocation arbitraire, et de préciser certains détails des conditions matérielles de révocation. On ne voit en particulier pas très bien si le membre concerné peut se défendre et contester la décision devant la justice, si la révocation doit être dûment motivée, etc. Le projet devrait donner l'immunité fonctionnelle aux membres de la commission dans l'exercice de leurs fonctions. Par ailleurs, « pour la révocation des membres de la commission, la majorité nécessaire au sein de la commission des élections et du Parlement devrait être au moins égale (et de préférence supérieure) à la majorité nécessaire à leur élection »<sup>35</sup>.

54. L'article 50 impose à la commission de présenter au Parlement un « plan d'affaires », en préalable à l'approbation de son budget. Il appartient naturellement au Parlement de fixer le niveau de financement de la commission, mais cette dernière devrait avoir suffisamment d'autonomie dans la détermination de son programme de travail et de ses priorités. L'article 50 ne devrait donc pas mentionner l'approbation d'un plan d'affaires par le Parlement, mais se borner à la présentation et à l'approbation du budget.

---

<sup>33</sup> CDL-AD(2018)001, paragraphe 52.

<sup>34</sup> Article 23 de la RPG n° 2 de l'ECRI sur les organismes de lutte contre le racisme et l'intolérance au niveau national.

<sup>35</sup> CDL-AD(2018)001, paragraphe 52.

#### IV. Projet de loi sur l'égalité

55. En ce qui concerne le projet de loi sur l'égalité, la Commission de Venise rappelle qu'une société démocratique se caractérise par le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture, ainsi que par le traitement équitable des minorités<sup>36</sup>. Le projet de loi sur l'égalité vise à la réalisation de ces buts, ce dont on peut se féliciter.

##### A. Description générale du projet de loi sur l'égalité

56. Le projet de loi sur l'égalité interdit la discrimination sur la base d'un certain nombre de « caractéristiques protégées »<sup>37</sup> dans de nombreux secteurs, de l'emploi à l'éducation<sup>38</sup>. Il énumère des formes de discrimination<sup>39</sup> et décrit les cas dans lesquels une distinction fondée sur une « caractéristique protégée » n'a pas caractère discriminatoire<sup>40</sup>. Il généralise *l'effet horizontal* de la non-discrimination et des principes d'égalité, qui s'appliquent ainsi aux rapports entre personnes privées.

57. Le projet de loi sur l'égalité s'inspire en partie du fait que Malte a ratifié le Protocole n° 12 à la CEDH<sup>41</sup>. Il reprend aussi un grand nombre de principes essentiels et d'approches des directives de l'UE<sup>42</sup>. Il se montre ambitieux en ce qu'il couvre un large spectre de motifs de discrimination et plusieurs secteurs<sup>43</sup>. Mais les auteurs ont dû utiliser des notions et une terminologie créées à des fins différentes. Si les dispositions anti-discrimination de la CEDH ont un caractère très général, les directives de l'UE ont une portée plus spécifiquement sectorielle, et visent à prévenir la discrimination sur des critères et dans des domaines spécifiques.

58. Les auteurs ont surmonté la difficulté en formulant le texte en termes relativement larges. Le projet pose les grands principes généraux et formule peu de règles spécifiques. Si le texte est adopté, ses effets dépendront des futurs règlements et pratiques d'application. Cela suscite quelques inquiétudes quand on sait que le conseil, entièrement composé de personnes extérieures à la justice, devra interpréter ces principes généraux. « La question de savoir si une loi sur la discrimination devrait être abstraite ou concrète dépend de la culture et du contexte juridiques du pays, de la situation de la communauté juridique nationale, de l'administration et des juridictions », a toutefois déjà estimé la Commission de Venise<sup>44</sup>.

---

<sup>36</sup> CDL-AD(2013)022 — Avis de la Commission de Venise sur l'interdiction de la « propagande de l'homosexualité », à la lumière de la législation récente dans certains États membres du Conseil de l'Europe, paragraphe 40.

<sup>37</sup> Age; convictions, croyances et/ou religion; couleur de la peau, origine ethnique et/ou race; handicap; responsabilités familiales et/ou grossesse; statut familial et/ou état civil; expression du genre et/ou identité de genre; caractères génétiques; état de santé; langue, nationalité; opinions politiques; sexe, caractéristiques sexuelles; orientation sexuelle (article 4 du projet de loi sur l'égalité).

<sup>38</sup> Comme l'accès aux biens et aux services pour le grand public, la publicité, les services de banque-assurance, l'orientation scolaire et professionnelle, la syndicalisation, etc.

<sup>39</sup> Directe, indirecte, par association, harcèlement, victimisation, etc.

<sup>40</sup> Comme les actions positives ou les aménagements raisonnables, les règles spéciales applicables aux forces armées de Malte, l'évaluation des risques dans l'accès aux services financiers (banques et assurances), les exceptions applicables aux organisations fondées sur des valeurs éthiques, etc.

<sup>41</sup> Le Protocole n° 12 à la CEDH est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2016 pour Malte.

<sup>42</sup> Depuis son entrée dans l'Union européenne (1<sup>er</sup> mai 2004), Malte a l'obligation d'incorporer dans son droit national l'acquis juridique européen en matière de non-discrimination et d'égalité de traitement.

<sup>43</sup> La Commission de Venise observe que le projet de loi sur l'égalité ne contient toutefois pas de règles universelles contre la discrimination; la portée du projet de loi est large, mais non pas globale.

<sup>44</sup> CDL-AD(2008)042, avis sur le projet de loi sur la protection contre la discrimination de « l'ex-République yougoslave de Macédoine », paragraphes 23, 29 et 30.

59. Une fois adopté, le projet de loi sur l'égalité devra coexister avec d'autres textes législatifs touchant à l'égalité et à la non-discrimination<sup>45</sup>. La loi de 2000 (modifiée) sur l'égalité des chances (personnes handicapées), par exemple, interdit la discrimination fondée sur le handicap. La discrimination au travail est interdite par la loi de 2002 (modifiée) sur l'emploi et les relations du travail. Le projet de loi sur l'égalité n'a pas rang constitutionnel : il n'est pas hiérarchiquement supérieur aux autres lois et n'engage pas le Parlement. Il est donc indispensable de se demander comment d'éventuels conflits entre ce texte (une fois qu'il sera adopté) et d'autres (existants ou futurs) pourront être résolus. Le projet de loi sur l'égalité dit à l'article 31 qu'en cas de conflit, ce sont ses propres dispositions qui priment, et que le Parlement ne peut le modifier qu'expressément. On peut douter que le Parlement restreindra de cette façon ses compétences législatives à l'avenir. On ne saurait exclure en principe que le projet de loi subisse des modifications « implicites ». En tout cas, même si le texte n'engage pas le Parlement, il peut tout de même jouer un rôle important (et très positif) dans la conception des politiques publiques en matière de discrimination et d'égalité. Enfin, ses dispositions ayant des effets horizontaux, le projet de loi pourrait susciter des frictions avec des droits fondamentaux de tiers (garantis au chapitre IV de la Constitution). L'article 6 du projet de loi sur l'égalité s'efforce de prévenir les conflits potentiels, mais il n'y parviendra peut-être pas pour tous.

## B. Formes de discrimination

60. Plusieurs formes de discrimination sont dans l'ensemble bien définies à l'article 5 du projet de loi sur l'égalité : discrimination directe, indirecte, par association et par supposition ; harcèlement<sup>46</sup> et harcèlement sexuel.

61. Mais la liste est incomplète. L'article 5 de la directive 2000/78/CE de l'UE impose aux employeurs de prévoir des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées<sup>47</sup>. La Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées définit explicitement le refus de « l'aménagement raisonnable » comme une forme de discrimination (article 2 sur les définitions). Le projet de loi, en revanche, ne dit pas que le refus d'aménagements raisonnables à des personnes handicapées dans le domaine de l'emploi constitue une forme de discrimination. La notion d'aménagement raisonnable figure toutefois dans la loi de 2000 sur l'égalité des chances (personnes handicapées) ; et le paragraphe 5 de l'article 25 du projet de loi évoque les mesures à prendre pour tenir compte des besoins spécifiques des personnes handicapées parmi les obligations générales du secteur public. Mais ce même alinéa n'impose pas d'obligations particulières aux employeurs privés pour ce qui est des personnes handicapées. Le projet de loi sur l'égalité mentionne le handicap parmi les « caractéristiques protégées » de l'article 4, qui s'appliquent aussi à l'emploi (article 16). Le projet de loi devrait traiter plus en détail les aménagements raisonnables à propos du

---

<sup>45</sup> L'article 31 n'abroge expressément qu'un seul texte : la loi sur l'égalité entre femmes et hommes.

<sup>46</sup> La définition du harcèlement (alinéa c du paragraphe 3 de l'article 5) pourrait être précisée et exclure les affaires d'appréciation négative et de critique constructive du travail. Voir Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne, F-12/13, *CQ c. Parlement européen*, 17 septembre 2014, paragraphe 87.

<sup>47</sup> La Cour européenne des droits de l'homme interprète aussi l'article 14 de la Convention comme imposant une obligation positive d'adaptation aux besoins des personnes handicapées (non pas en général, toutefois, mais seulement dans certains cas). Voir Cour européenne des droits de l'homme, *Çam c. Turquie*, n° 51500/08, 23 février 2016 ; dans ce cas, la Cour a toutefois conclu à une violation non pas en raison de l'absence d'aménagements raisonnables, mais parce que les autorités avaient manqué à vérifier s'il était faisable ou non de procéder à ces aménagements raisonnables pour répondre aux besoins d'une aveugle. Voir également *Guberina c. Croatie*, n° 23682/13, 22 mars 2016, où la Cour européenne des droits de l'homme a conclu que le manquement des autorités à octroyer une exonération fiscale pour le grave handicap de l'un des membres de la famille constituait une violation de l'article 14. Là encore, cette conclusion se fondait sur l'absence d'appréciation de toutes les circonstances particulières de l'espèce par les autorités nationales compétentes (paragraphe 98).



handicap<sup>48</sup>, et préciser que le manquement à en prévoir pour les personnes handicapées constitue une forme de discrimination<sup>49</sup>.

62. La liste n'inclut pas la ségrégation, l'intention annoncée de discriminer, le fait d'inciter autrui à discriminer ou le fait d'aider autrui à discriminer, qui figurent pourtant au paragraphe 6 de la RPG n° 7 de l'ECRI, et devraient donc être repris dans le projet de loi.

63. Au paragraphe 3 de l'article 5 du projet de loi sur l'égalité, une disposition a été ajoutée à la définition du harcèlement sexuel : l'interdiction ne vaut que si le harcèlement constitue une infraction pénale, réprimée par le Code pénal. Or l'alinéa d du paragraphe 2 de la directive 2004/113/CE du Conseil de l'UE ne mentionne pas le caractère pénal du harcèlement sexuel dans sa définition. Des remarques et des comportements à connotation sexuelle peuvent constituer une discrimination même si l'acte ne va pas jusqu'à l'infraction pénale : cette disposition devrait donc être supprimée.

64. Le projet de loi déclare que la discrimination multiple constitue une forme de discrimination (alinéa a du paragraphe 2 de l'article 5). Mais pour que cette disposition ait un sens, il faudrait qu'elle ait des conséquences, et en particulier que la discrimination multiple soit punie plus sévèrement, en raison de ses effets aggravés. Sinon, cette approche ajoute peu et il serait plus facile d'examiner un cas de discrimination multiple en se concentrant sur un des motifs en cause.

### **C. Liste des « caractéristiques protégées »**

65. L'article 4 du projet de loi énumère les « caractéristiques protégées », qui ne doivent en règle générale pas servir à traiter différemment certaines catégories de personnes. Les auteurs ont eu la tâche délicate de coordonner cette liste avec les directives de l'UE sur l'égalité et la non-discrimination, avec la CEDH et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 14 de la Convention et à son Protocole n° 12, et avec l'article 45 de la Constitution maltaise ; or tous ces textes sont sous-tendus par des approches différentes. Les directives de l'UE ne parlent que de *certaines* caractéristiques protégées. L'article 4 du projet suit la même approche : il contient une liste exhaustive de « caractéristiques protégées » plus nombreuses que celles que l'on trouve dans les directives de l'UE. La liste est ainsi satisfaisante au regard du droit de l'UE.

#### **1. « Caractéristiques protégées » par la CEDH**

66. En revanche, l'article 14 de la CEDH et son Protocole n° 12 contiennent une liste non exhaustive de « caractéristiques protégées »<sup>50</sup>. Cette liste ouverte est complétée au cas par cas : la Cour européenne des droits de l'homme a par exemple considéré le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle comme des caractéristiques protégées, bien qu'ils ne figurent pas

---

<sup>48</sup> Le projet de loi mentionne bien les aménagements raisonnables à l'article 2 (définitions), qui rattache cette notion à toutes les caractéristiques protégées et pas seulement au handicap — ce qui va au-delà des exigences des directives de l'UE.

<sup>49</sup> Le projet de loi peut étendre l'obligation d'offrir des aménagements raisonnables aux cas de grossesse ou situations similaires. Les responsabilités familiales et/ou la grossesse figurent parmi les motifs évoqués dans le projet de loi (à l'article 4). Mais le texte ne contient pas de dispositions exigeant ou protégeant la mise en place d'ajustements sur le lieu de travail pour répondre aux besoins spécifiques des femmes enceintes ou en procédure d'adoption, ou alors revenant d'un congé de maternité. La directive 92/85 pourrait donc nécessiter des ajustements des conditions de travail des femmes enceintes ou allaitantes (voir notamment l'article 5), à moins que cela ne soit déjà couvert par la législation maltaise. Les directives de l'UE sur l'égalité de traitement mentionnent et interdisent expressément la discrimination pour des raisons de grossesse et de maternité (voir la Directive 92/85).

<sup>50</sup> Le Protocole n° 12 interdit toute discrimination, qu'elle soit fondée sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

expressément à l'article 14<sup>51</sup>. Le paragraphe 2 de l'article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels contient aussi une liste ouverte.

67. Sans aborder les mérites d'une liste ouverte<sup>52</sup>, la Commission de Venise observe que le projet de loi sur l'égalité adopte une approche plus restrictive que celle de la CEDH dans ce domaine (la liste des caractéristiques protégées est fermée). De plus, cette liste exhaustive contient des lacunes : elle ne reprend pas certains motifs figurant expressément dans le Protocole n° 12, comme l'origine sociale, la fortune ou la naissance<sup>53</sup>.

68. Il se pourrait donc qu'un motif absent du projet de loi sur l'égalité soit un jour déclaré « catégorie protégée » au regard de la CEDH. Pour parer à cette éventualité, il serait souhaitable d'ouvrir la liste de l'article 4, ou au moins d'y ajouter les « catégories protégées » mentionnées expressément dans le Protocole n° 12<sup>54</sup>.

## 2. « Caractéristiques protégées » par la Constitution

69. La liste exhaustive de « caractéristiques protégées » que contient l'article 45 de la Constitution maltaise est plus brève que celle que donne le projet de loi sur l'égalité. Ce dernier, par exemple, évoque la discrimination fondée sur l'âge, la santé et la langue, motifs absents de la Constitution. Il semble donc à première vue que le projet de loi mette en place un régime plus « généreux » de protection contre la discrimination que ne le fait la Constitution.

70. Rien n'empêche en principe le législateur de renforcer la protection des libertés et droits fondamentaux, la Constitution n'indiquant qu'un niveau minimal. La Commission de Venise répète toutefois que le régime introduit par le projet de loi sur l'égalité s'appliquera aussi horizontalement, c'est-à-dire que des individus pourront se prévaloir de l'interdiction de la discrimination non seulement contre l'État, mais aussi contre d'autres personnes physiques ou morales privées. Cela pourrait provoquer des frictions avec les droits constitutionnels de ces dernières. On pourrait par exemple faire valoir que l'interdiction de la discrimination au travail limite la liberté contractuelle et la liberté d'activité économique de l'employeur<sup>55</sup>. Le projet de loi sur l'égalité semble par ailleurs généraliser la notion d'action positive admissible en l'étendant à toutes les caractéristiques protégées, et non pas seulement au sexe<sup>56</sup>. On pourrait alors dire que

---

<sup>51</sup> Sur l'orientation sexuelle, voir *Fretté c. France*, n° 36515/97, 26 février 2002, paragraphe 32 ; sur l'âge, voir *Andrle c. République tchèque*, n° 6268/08, 17 février 2011 ; sur le handicap, voir *Glor c. Suisse*, n° 13444/04, 30 avril 2009.

<sup>52</sup> Dans son avis CDL-AD(2008)042, au paragraphe 41, la Commission de Venise mettait en garde contre l'énumération d'un nombre excessif de motifs de discrimination (le projet de loi examiné en contenait 17), estimant que « la notion de discrimination risque d'être diluée, ce qui pourrait affaiblir la protection contre des actes discriminatoires plus graves ». Cela est d'autant plus vrai dans les dispositions contenant une liste non exhaustive, qui peut conduire à un élargissement incontrôlé de la notion de discrimination. Cet élargissement peut tout à fait s'expliquer dans certains cas. Plusieurs théories analysent pourquoi certaines catégories doivent être « protégées », et d'autres non (voir par exemple la notion de « minorités discrètes et insulaires » qui explique, dans la théorie constitutionnelle américaine, pourquoi certaines minorités devraient bénéficier d'une protection spéciale de la loi et, dans les accusations de discrimination, d'une attention particulière des tribunaux). Mais l'allongement excessif de la liste des « caractéristiques protégées » va à contre-courant du but historique des dispositions anti-discrimination en élargissant leur portée à toutes les distinctions possibles que pourrait opérer la loi entre des groupes, même lorsqu'elles ne méritent pas de protection particulière.

<sup>53</sup> La liste couvre tous les motifs de la RPG n° 7 de l'ECRI.

<sup>54</sup> Certaines des caractéristiques protégées mentionnées à l'article 21 de la Charte de l'UE ne se retrouvent pas à l'article 4 du projet de loi (origine sociale, appartenance à une minorité nationale, fortune, naissance). On ne sait pas s'il s'agit d'une omission délibérée ou d'un oubli de la part des auteurs.

<sup>55</sup> Pour autant que cette liberté soit reconnue en tant que telle dans la Constitution maltaise ou dans la doctrine constitutionnelle (voir par exemple l'article 18 de la Constitution, qui évoque le devoir de l'État d'encourager l'entreprise économique privée).

<sup>56</sup> Le paragraphe 11 de l'article 45 parle de mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait *entre les hommes et les femmes* (c'est nous qui soulignons).

l'allongement de la liste des caractéristiques protégées étend les droits de certaines personnes, mais restreint ceux d'autres, ce qui appellerait une modification de la Constitution.

71. La Commission de Venise reconnaît que, dans la plupart des contextes, la justice pourra résorber par l'interprétation d'éventuels conflits entre les nouvelles règles relatives à la discrimination et les libertés garanties par la Constitution. Cela ressort du projet lui-même : son article 3 prévoit que les dispositions de la loi relatives à la non-discrimination et à l'égalité s'appliqueront sans préjudice du chapitre IV de la Convention et de la loi relative à la Convention européenne.

72. Cela dit, la Commission de Venise observe que tous ces délicats problèmes ne se poseraient pas si la Constitution contenait une liste non exhaustive de « caractéristiques protégées » (même si la technique d'une « liste ouverte » peut susciter d'autres questions - voir les réserves exprimées dans la note de bas de page 52). Cela ménagerait une place à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (sous-tendue par une liste ouverte) et à d'autres normes européennes ou internationales fondées sur des listes exhaustives. La réforme proposée nécessite de toute façon une modification de la Constitution ; modifier aussi l'article 45 en ce sens ne serait donc pas excessivement lourd.

#### **D. Exceptions**

73. L'article 6 du projet de loi sur l'égalité contient une longue liste d'exceptions à la règle générale de non-discrimination. Il faut tout d'abord dire que le terme d'exception est un peu inexact dans ce contexte. Le droit européen en matière de droits de l'homme<sup>57</sup> dit qu'une différence de traitement est admissible si elle est objectivement et raisonnablement justifiée<sup>58</sup>. Il ne s'agit donc pas à strictement parler d'exceptions à la règle générale de non-discrimination, mais d'exemples de différences de traitement n'ayant pas caractère discriminatoire. Dans un souci de simplicité, c'est toutefois le terme d'exception qui sera utilisé ci-dessous, dans le même sens que dans le projet de loi.

74. L'alinéa b du paragraphe 1 de l'article 6 pose une exception d'ordre général : un traitement moins favorable est admissible s'il est raisonnable, proportionné et légitime. Le même article énumère un certain nombre d'exceptions à caractère sectoriel : différences de traitement dans le cadre du service militaire, exigences exceptionnelles du travail dans l'emploi, exceptions figurant dans les politiques bancaires et d'assurance en ce qui concerne l'octroi de prêts et de couverture d'assurance, exceptions liées à la religion ou à la croyance dans les organisations fondées sur des valeurs éthiques particulières, exceptions liées à la nationalité et à la résidence<sup>59</sup>. De plus, certains articles subséquents relatifs à des domaines particuliers où la discrimination est interdite contiennent également des exceptions.

75. La Commission de Venise estime qu'il faudrait revenir sur les parties du projet de loi mentionnant des « exceptions ». Les rapports entre l'exception à caractère général de l'alinéa b

---

<sup>57</sup> Voir par exemple le paragraphe 2 de l'article 3 de la directive de l'UE 2000/43 et les paragraphes 2, 4 et 6 de l'article 3 de la directive 2000/78.

<sup>58</sup> CDL-AD(2018)001, « ex-République yougoslave de Macédoine », Avis sur le projet de loi relative à la discrimination, paragraphe 37.

<sup>59</sup> L'alinéa e de l'article 6 admet par exemple un traitement moins favorable pour des « caractéristiques protégées » s'il est justifié par des activités professionnelles particulières ou par le contexte dans lequel elles sont exercées. En pareil cas, la différence de traitement peut s'expliquer par « une exigence professionnelle véritable déterminante » et doit être proportionnée. L'alinéa d de l'article 6 dit que les différences de traitement fondées sur l'âge, la santé et le handicap devraient être autorisées dans les forces armées.

de l'article 6 et les exceptions particulières applicables à certains domaines manquent de clarté. On trouve des doublons dans les exceptions définies à l'article 6 et dans des articles ultérieurs<sup>60</sup>.

76. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne s'oppose pas à l'exception générale formulée à l'alinéa b de l'article 6 du projet de loi : elle estime qu'une différence de traitement n'est pas discriminatoire tant qu'elle est justifiée<sup>61</sup>. Certaines caractéristiques (la « race », par exemple, ou l'origine ethnique) ne peuvent que rarement, voire jamais<sup>62</sup>, justifier une différence de traitement. D'autres peuvent la rendre plus défendable : le genre<sup>63</sup>, l'âge ou l'état de santé, par exemple, peuvent fonder valablement une distinction dans l'emploi<sup>64</sup>. L'approche de la CEDH part d'une clause générale de non-discrimination et d'une exception tout aussi générale (disposition « fourre-tout ») ultérieurement développée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans divers contextes<sup>65</sup>.

77. La Commission de Venise a déjà estimé que « plusieurs “exceptions spéciales” semblent en outre inutiles s'il est fait référence à une différence de traitement justifiée objectivement (et proportionnelle) dans la définition de la “discrimination” en tant que telle »<sup>66</sup>. Malte doit toutefois se conformer non seulement à la CEDH, mais aussi aux directives de l'UE, formulées différemment. L'UE ne parle de justification que dans le contexte de la discrimination indirecte (ou de la discrimination fondée sur le sexe dans l'accès aux biens et aux services). La discrimination directe, elle, est purement et simplement interdite si elle est fondée 1) sur la race, l'appartenance ethnique ou le genre, ou 2) sur d'autres caractéristiques protégées dans le domaine de l'emploi<sup>67</sup>. Aussi, la directive 2006/54 stipule qu'une « exigence professionnelle

---

<sup>60</sup> L'exception liée à des « catégories protégées » dans le calcul des risques financiers est mentionnée à deux reprises (à l'article 6 et dans les articles 10 à 13 spécifiquement consacrés au secteur banque-assurance).

<sup>61</sup> Voir l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985 (série A, n° 94, paragraphe 72) : « une distinction est discriminatoire si elle “manque de justification objective et raisonnable”, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un “but légitime”, ou s'il n'y a pas de “rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé” ». Voir également *Sejdić and Finci c. Bosnie-Herzégovine*, paragraphe 55, dans le contexte du Protocole n° 12 : l'interprétation de la notion de discrimination donnée par la Cour dans sa jurisprudence a été systématique en ce qui concerne l'article 14 de la Convention. Il en ressort en particulier que par « discrimination » il y a lieu d'entendre un traitement différencié, sans justification objective et raisonnable, de personnes placées dans des situations analogues. L'analyse du caractère raisonnable de la justification découle du Protocole n° 12, de même que de l'article 14 de la Convention (voir par exemple *Ramaer et Van Willigen c. Pays-Bas* (déc.), requête n° 34880/12, 23 octobre 2012, paragraphes 95 à 101).

<sup>62</sup> Sur les principes généraux, voir *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* [GC], n° 27996/06 et 34 836/06, 22 décembre 2009, paragraphe 44. On pourrait imaginer des cas rarissimes dans lesquels une distinction fondée sur la race (et ne constituant pas une action affirmative) serait justifiée : si un théâtre cherche un acteur pour le rôle d'Othello, il est raisonnable de limiter les candidatures à des personnes d'ascendance africaine. On aurait là une exigence professionnelle justifiant, au regard du paragraphe 4 de la directive 2000/43/CE, une différence de traitement fondée sur la race dans le domaine de l'emploi. Mais ces exemples sont atypiques, et la race ne constitue presque jamais une considération admissible.

<sup>63</sup> Dans le contexte des forces armées, la CJUE a par exemple trouvé justifiée la généralisation par le genre pour les commandos spéciaux (voir *Angela Maria Sirdar c. The Army Board and Secretary of State for Defence*, 26 octobre 1999). Cela dit, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la distinction par le genre n'est pas justifiée dans les fonctions n'impliquant pas la participation à des combats. Voir *Konstantin Markin c. Russie* [GC], n° 30078/06, 22 mars 2012, paragraphes 135 et 136.

<sup>64</sup> Le premier alinéa du paragraphe 1 de l'article 6 de la directive 2000/78 dit que « des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires ».

<sup>65</sup> L'étendue de la marge d'appréciation laissée à l'État dans la réglementation des différences de traitement entre catégories de population varie selon les circonstances, les domaines et le contexte (voir, par exemple, l'arrêt du 28 novembre 1984 dans l'affaire *Rasmussen c. Danemark*, série A, n° 87, paragraphe 40).

<sup>66</sup> CDL-AD(2008)042, Avis sur le projet de loi sur la protection contre la discrimination de « l'ex-République yougoslave de Macédoine », paragraphe 73.

<sup>67</sup> Voir l'alinéa a du paragraphe 2 de la Directive 2000/43/CE du Conseil de l'Union européenne (sur les discriminations à raison de la race ou de l'origine ethnique) ; la justification par un but légitime figure aussi à

essentielle » peut, sous certaines conditions, justifier la différence de traitement qui n'est pas considérée comme une discrimination dans ce cas<sup>68</sup>.

78. Même si ces différences sont simplement d'ordre terminologique, il vaudrait mieux, dans ces deux domaines au moins, reprendre la formulation des directives, et ne pas se borner à la formule « fourre-tout » actuelle de l'alinéa b de l'article 6 — qui peut être utilisée pour tous les autres domaines que n'abordent pas spécifiquement les directives de l'UE.

79. Certaines des exceptions prévues à l'article 6 et dans les articles subséquents ne figurent pas à l'article 45 de la Constitution, ou sont formulées différemment<sup>69</sup>. Par ailleurs, la Constitution ne contient pas d'exception à caractère général comparable à celle qui figure dans le projet de loi<sup>70</sup>, qui paraît à cet égard plus restrictif. Là encore, le problème peut être résolu par l'interprétation. Le fait que la loi mentionne certaines exceptions spécifiques (inspirées du droit de l'UE ou de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme) dont la formulation ne reprend pas exactement celle de la Constitution ne devrait pas automatiquement invalider la loi. La Constitution devrait être interprétée à la lumière du droit de l'UE et d'autres normes internationales, et l'interprétation conforme parvient d'habitude à rapprocher ces divergences entre les textes.

80. Cela ne veut pas dire qu'il doive y avoir identité entre le texte de la Constitution et celui de la loi. La Constitution peut identifier les types les plus importants de discrimination, à titre d'indication à l'intention du législateur et des tribunaux, qui devront les examiner avec un soin particulier. De même, elle peut définir certains cas dans lesquels la distinction est admissible et ne constitue pas une discrimination, ce qui limite la discrétion du législateur tout en ouvrant la possibilité de définir d'autres exceptions raisonnables par une clause d'exception générale (sous réserve de conformité avec les normes internationales et européennes en la matière)<sup>71</sup>. Cela plaiderait aussi en faveur d'une révision de l'article 45 de la Constitution.

---

l'alinéa 5 du paragraphe 4 de la Directive 2004/113/CE du Conseil de l'Union européenne (sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services).

<sup>68</sup> La Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 dit dans son préambule que « les différences de traitement ne peuvent être acceptées que lorsqu'elles sont justifiées par un objectif légitime », bien que la définition générale de la discrimination donnée à l'article 2 ne parle pas de justification ni de but légitime. Le paragraphe 5 de l'article 2 de la Directive 2000/78/CE mentionne des mesures « nécessaires » à la réalisation de certains buts légitimes (dont, par exemple, la sécurité et l'ordre publics) qui n'ont ainsi pas caractère discriminatoire (voir aussi la Directive 2004/113/CE, article 3 (5), la Directive 2004/113, article 2, et la Directive 2006/54, article 2).

<sup>69</sup> Par exemple, l'alinéa a du paragraphe 4 de l'article 45 ne donne pas caractère discriminatoire à toute distinction opérée dans le but de recouvrer des recettes publiques ou autres fonds publics ; le projet de loi sur l'égalité ne mentionne pas cette exception, du moins pas explicitement. L'alinéa b du même paragraphe ne considère pas comme discriminatoire une distinction opérée entre les nationaux et les non-ressortissants maltais ; l'article 6 du projet de loi sur l'égalité formule la règle de l'exception à raison de la citoyenneté de façon plus nuancée : des distinctions fondées sur la nationalité (c'est-à-dire la citoyenneté) sont admissibles, mais seulement en ce qui concerne les lois et les modalités d'entrée et de résidence dans le pays pour les personnes n'en possédant pas la nationalité, ainsi que pour ce qui est de tout traitement découlant du statut juridique de la personne concernée. Cette formulation prête à différentes interprétations, mais il reste à savoir si cette exception a une portée identique à celle que formule la Constitution (qui implique que la distinction à raison de la citoyenneté serait légitime dans tous les contextes), ou plus étroite.

<sup>70</sup> Qui dit que la différence de traitement ne constitue pas une discrimination si elle est raisonnable, proportionnée et légitime (alinéa b de l'article 6 du projet de loi).

<sup>71</sup> La Commission de Venise rappelle que dans sa recommandation CDL-AD(2009)057 (Avis intérimaire sur le projet de révision constitutionnelle du Luxembourg), elle observait (au paragraphe 51) que « parallèlement à la disposition sur l'interdiction de la discrimination, il serait convenable, vu le développement du droit constitutionnel sur ce point, de consacrer une disposition constitutionnelle à l'égalité des chances ».

## E. Possibilité d'action positive

81. Le projet de loi sur l'égalité contient plusieurs dispositions sur l'action positive — que l'article 2 définit comme une mesure spécifique visant à prévenir ou à compenser tout désavantage encouru en raison de l'une quelconque des caractéristiques protégées. L'alinéa c de l'article 6 précise que les mesures d'action positive ou d'aménagements raisonnables visant à l'égalité de fait n'ont pas caractère discriminatoire. Cela signifie que le projet de loi *autorise* l'action positive, ce qui est conforme à l'approche adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme et d'autres juridictions<sup>72</sup>. La Commission de Venise a elle aussi estimé que l'action positive est légitime<sup>73</sup>.

82. Il convient de se demander qui sera à l'origine de ces mesures : l'État lui-même, la Commission pour les droits de l'homme et l'égalité ou des entités privées (employeurs privés, universités, hôpitaux, supermarchés, etc.) ? Une mesure positive, rappelons-le, avantage un certain groupe par rapport à d'autres pour instaurer l'égalité de fait. Si cet avantage n'est pas solidement justifié, les autres groupes peuvent se plaindre de discrimination. Les mesures de ce type sont par nature temporaires et doivent être périodiquement réévaluées à mesure que les choses évoluent. La Commission de Venise rappelle à ce propos que la CJUE demande que l'action positive fondée sur certaines caractéristiques protégées soit soumise à un strict contrôle<sup>74</sup>. La Cour suprême des États-Unis d'Amérique fait de même ; elle estime par exemple que la classification par la « race » demeure douteuse, même si elle est utilisée dans des buts louables, et doit donc faire l'objet d'un contrôle strict<sup>75</sup>.

83. Le projet de loi sur l'égalité n'est pas très clair sur la question de savoir si l'action positive dans l'emploi, l'accès aux biens et services, etc. et sa définition pratique doivent être laissées à des entités privées : il se contente d'admettre l'action positive. Il reviendra donc à la justice de dire, en dernier ressort, si l'action positive prise par une entité privée était ou non admissible dans chaque cas d'espèce. La notion d'action positive s'appuie en grande partie sur les directives de l'UE<sup>76</sup>, mais elle reste vague et incomplète, et ne donne pas aux entités privées d'indications spécifiques leur permettant de savoir ce qu'elles peuvent ou ne peuvent pas faire pour promouvoir l'égalité<sup>77</sup>.

84. La définition que donne le projet de loi sur l'égalité de l'action positive ne mentionne pas son caractère temporaire. Le paragraphe 5 de la RPG n° 7 de l'ECRI évoque l'adoption de mesures spéciales *temporaires*, qui ne doivent pas être maintenues une fois les objectifs visés atteints. La Commission de Venise rappelle qu'elle a déjà dit dans une recommandation à « l'ex-République

---

<sup>72</sup> Voir par exemple Cour européenne des droits de l'homme, *Andrle c. République tchèque* : « L'article 14 n'interdit pas à un État membre de traiter des groupes de manière différenciée pour corriger des "inégalités factuelles" entre eux ; de fait, dans certaines circonstances, l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité peut en soi emporter violation de la disposition en cause » (paragraphe 48). Voir également l'article 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, qui dit que « le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté ».

<sup>73</sup> Voir CDL(1991)008, Explanatory report on the Proposal for a European Convention for the Protection of Minorities, article 4, paragraphe 24, reproduit dans « The protection of minorities », Collection Science et technique de la démocratie, n° 9, p. 24, 1994.

<sup>74</sup> Les actions positives sont strictement contrôlées par la justice luxembourgeoise. Voir CJUE, C-450/93, *Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, 17 octobre 1995 ; pour une approche plus souple, voir aussi CJUE, C-409/95, *Hellmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, 11 novembre 1997.

<sup>75</sup> Voir *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978) ; *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003) ; et *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003). Ces affaires ont fait précédent.

<sup>76</sup> Cette définition s'inspire en partie des directives de l'UE sur l'égalité de traitement, qui précisent que l'action positive vise à assurer la pleine égalité dans la pratique. Il pourrait être utile de reprendre cette formule.

<sup>77</sup> Le projet de loi ne précise pas quels groupes mériteraient une action positive particulière en raison d'une caractéristique protégée, pourquoi, ni quels types de mesures pourraient être nécessaires pour faire progresser l'égalité dans la pratique.

yougoslave de Macédoine » que les « mesures positives » (ou « affirmatives ») ne sont pas contraires au principe d'égalité tant qu'elles sont temporaires et qu'elles visent à venir à bout d'une discrimination existante<sup>78</sup>.

85. Enfin, le principe de proportionnalité devrait figurer ici pour guider le législateur et l'administration dans la conception des mesures positives nécessaires<sup>79</sup>.

## **F. Devoirs de l'administration et du secteur privé en matière d'égalité**

86. Le paragraphe 27 de l'exposé des motifs de la RPG n° 7 de l'ECRI décrit en détail les devoirs de l'administration publique en matière d'égalité. Ils doivent être « énoncés aussi clairement que possible dans la loi », et les autorités publiques « pourraient être tenues d'élaborer et d'appliquer des programmes d'égalité définis avec l'assistance de l'organe national spécialisé ». « Il serait souhaitable que le secteur privé soit soumis à une obligation analogue », est-il en outre précisé.

87. L'article 25 parle des obligations de *l'administration publique* en matière d'égalité, disant que l'administration publique doit tenir dûment compte de la nécessité de faire progresser l'égalité des chances. Son paragraphe 4 demande à l'administration publique de prendre des mesures pour répondre aux besoins des personnes présentant des caractéristiques protégées et qui seraient désavantagées si ces mesures n'étaient pas prises (alinéa c), et pour permettre la participation à la vie publique ou à toute autre activité des personnes qui partagent une caractéristique protégée si leur participation serait autrement anormalement faible<sup>80</sup>.

88. L'article 22 impose à tout responsable concerné par le projet de loi l'obligation générale de prendre des mesures pour prévenir la discrimination contre toute personne ayant le droit d'être présente au sein de l'entité concernée. Le paragraphe 1 de l'article 23 et l'article 24 imposent aux *acteurs privés* (employeurs et fournisseurs de biens et de services) l'obligation de prendre des mesures efficaces, selon leurs capacités, pour prévenir toutes les formes de discrimination. Il pourrait être utile d'harmoniser ces obligations.

89. La définition que donne le projet de loi sur les devoirs en matière d'égalité est assez vague. S'agissant des acteurs privés, il serait souhaitable d'indiquer plus précisément ce qui est attendu des établissements d'enseignement, des employeurs et des fournisseurs de biens et de services, quelles mesures il peut leur être demandé de prendre pour promouvoir la diversité, l'égalité de fait, etc. (si cela n'est pas déjà fait dans la législation couvrant le domaine concerné). D'autres pays exigent de ces entités des politiques et des plans d'action en la matière.

90. Le projet de loi mentionne plusieurs obligations plus spécifiques de l'administration publique en matière d'égalité. Le paragraphe 2 de l'article 25 mentionne un programme d'égalité qu'elle doit adopter dans un délai d'un an. Le paragraphe 4 de ce même article demande que chaque sexe représente au minimum 40 % de l'effectif dans les organismes officiels<sup>81</sup>. L'alinéa c de

---

<sup>78</sup> CDL-AD(2008)042, Avis sur le projet de loi sur la protection contre la discrimination de « l'ex-République yougoslave de Macédoine », paragraphe 51.

<sup>79</sup> Voir Commission de Venise, CDL-AD(2003)013, Avis sur le projet de loi portant modification de la loi sur les minorités nationales en Lituanie, paragraphe 9.

<sup>80</sup> La Commission de Venise a déjà évoqué le fait que le projet de loi n'impose pas spécifiquement aux employeurs de prévoir des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées. La même remarque vaut pour l'obligation de répondre aux besoins spécifiques des femmes enceintes ou en procédure d'adoption, ou à leur retour d'un congé de maternité (voir paragraphe 61 ci-dessus). Ces obligations pourraient être formulées dans le projet de loi sur l'égalité comme incombant à l'employeur.

<sup>81</sup> La Commission de Venise rappelle que les actions positives fondées sur le sexe doivent être abordées avec circonspection ; voir CJUE, C-407/98, *Katarina Abrahamsson et Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist*, 6 juillet 2000. Toute règle de ce type devrait contenir une clause de sauvegarde (permettant de prendre en compte la situation particulière des candidats), et ces mesures devraient être temporaires. La Cour européenne des droits de l'homme

l'article 24 exige le respect du principe de la conception universelle. Le projet de loi sur l'égalité de traitement reste par ailleurs assez peu spécifique sur le devoir d'égalité dans l'administration publique, et ne prévoit aucune sanction en cas de non-respect.

91. L'article 25 peut être interprété comme confiant à l'administration publique la mission très large de prendre *toute* mesure qu'elle juge bonne pour faire progresser l'égalité. Cette interprétation recèle un danger : l'administration publique risquerait de porter atteinte à des droits et intérêts légitimes de personnes privées ; or la portée des ingérences de ce type devrait normalement être définie dans la *loi*<sup>82</sup>.

92. Il est recommandé de préciser que les devoirs de l'administration publique en matière d'égalité ne lui donnent pas compétence pour imposer aux acteurs privés de nouvelles obligations exécutoires allant au-delà des obligations *spécifiquement mentionnées dans la loi* (c'est-à-dire dans le présent projet de loi ou dans d'autres textes législatifs applicables). Il devrait en même temps être possible d'inclure dans le projet des mesures *plus spécifiques* que devraient prendre les acteurs privés et/ou l'administration publique dans ce domaine<sup>83</sup>. La Commission pour les droits de l'homme et l'égalité aurait un rôle essentiel à jouer dans la préparation de normes de ce type à incorporer dans la législation.

### G. Charge de la preuve

93. L'article 30 du projet de loi sur l'égalité énonce les règles de renversement de la charge de la preuve dans les affaires de discrimination examinées par les tribunaux et la Commission pour les droits de l'homme et l'égalité. En particulier, la victime *potentielle n'a qu'à exposer les preuves prima facie de discrimination* ; après quoi, l'accusé doit prouver que le traitement moins favorable était justifié conformément aux dispositions de la loi. Cela contribue à renforcer la protection contre la discrimination, les chances de parvenir à la prouver devenant bien meilleures<sup>84</sup>. Ces dispositions sont compatibles avec les directives de l'UE<sup>85</sup>. Mais les auteurs devraient clarifier le mode d'application de la charge de la preuve dans les exceptions de l'article 6, ainsi que dans les situations liées à une action positive. De plus, la charge de la preuve ne devrait pas nécessairement être répartie de cette façon dans les affaires dont la commission s'est autosaisie.

### H. Discours de haine

94. Le projet de loi sur l'égalité modifie l'article 82a du Code pénal sur l'incitation à la haine. Cette infraction constitue maintenant une incitation à la violence ou à la haine contre les groupes de population énumérés dans le même article (définis essentiellement par les « caractéristiques

---

examine pour sa part avec la plus grande attention toute distinction fondée sur le sexe, même si elle a pour but de faire progresser l'égalité. Voir *Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC] (déc.), n° 65731/01 et 65900/01, paragraphe 52, Cour européenne des droits de l'homme 2005-X : « seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe ». Voir également CDL-AD(2008)015, Opinion on the Draft Constitution of Ukraine, paragraphe 24 ; CDL-AD(2009)024, Opinion on the Draft Law of Ukraine amending the Constitution presented by the President of Ukraine, paragraphe 20.

<sup>82</sup> La Commission de Venise dit au paragraphe 49 de sa liste des critères de l'État de droit que « dans un régime absolutiste dictatorial, l'exécutif possède des pouvoirs illimités en droit ou dans les faits ». Voir également, *mutatis mutandis*, USSC, *Schuetz v. Coalition to Defend Affirmative Action*, 134 S.Ct. 1623 (2014).

<sup>83</sup> Au paragraphe 97 de sa RPG n° 7, l'ECRI demande par exemple que la loi impose aux autorités publiques de veiller à ce que les parties auxquelles elles attribuent des marchés, des prêts, des subventions ou d'autres avantages respectent et promeuvent une politique de non-discrimination. L'obligation de procéder à cet « audit d'égalité » avant d'attribuer un marché ou de consentir un prêt pourrait faire l'objet d'une mention spécifique dans le projet de loi.

<sup>84</sup> CDL-AD(2018)001, Avis sur le projet de loi sur la protection contre la discrimination de « l'ex-République yougoslave de Macédoine », paragraphe 82.

<sup>85</sup> Voir le paragraphe 1 de l'article 8 de la directive 2000/43 et l'article 10 de la directive 2000/78 de l'UE.



protégées » figurant à l'article 4 du projet de loi sur l'égalité). Ce nouvel article 82a érigeant en infractions plusieurs formes d'expression, il importe de vérifier qu'il ne porte pas atteinte à la liberté d'expression garantie dans la Constitution et le droit international. La répression de l'appel à la violence ne pose aucun problème. En revanche, la notion de haine est plus difficile à cerner. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, la liberté d'expression couvre non seulement les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi celles qui « heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population »<sup>86</sup>. Il n'est pas toujours aisé de dire quand une forme d'expression qui heurte ou choque devient du discours de haine ; en pareil cas, la Cour européenne des droits de l'homme procède à une analyse contextuelle multifactorielle<sup>87</sup>. La haine est délicate à définir<sup>88</sup>, mais il importe de la distinguer de la simple critique d'idées ou de pratiques communes à un groupe protégé. Il serait souhaitable de compléter l'article 82a en ce sens<sup>89</sup>.

## V. Conclusion

95. Le projet de loi sur la Commission pour les droits de l'homme et l'égalité vise à mettre en place un organisme de défense des droits de l'homme et de l'égalité à la mission très large, possédant diverses fonctions, des pouvoirs importants et une autonomie notable. Le projet de modification de la Constitution donne au nouvel organisme statut constitutionnel. Le projet de loi sur l'égalité redéfinit la notion d'égalité et de non-discrimination, l'applique à plusieurs secteurs (emploi, éducation, accès aux biens et aux services, etc.) ; il propose une description complète des exceptions possibles à la règle générale, et prévoit des sanctions en cas de non-respect.

96. Les trois projets de loi visent à incorporer dans le droit maltais des normes internationales et européennes relatives à la non-discrimination et à l'égalité, et cela d'une façon exhaustive. Cet objectif est dans l'ensemble atteint. Il convient de rendre hommage aux efforts déployés par les auteurs, à leur ouverture au dialogue<sup>90</sup>, et à leur zèle au service de la cause de l'égalité et de la non-discrimination.

---

<sup>86</sup> Voir *Handyside c. Royaume-Uni*, requête n° 5493/72, 7 décembre 1976.

<sup>87</sup> Voir *Perinçek c. Suisse* [GC], 15 octobre 2015, n° 27510/08, paragraphes 204 *sqq.*

<sup>88</sup> La RPG n° 15 de l'ECRI sur la lutte contre le discours de haine définit ce dernier comme le fait de prôner, de promouvoir ou d'encourager sous quelque forme que ce soit, le dénigrement, la haine ou la diffamation d'une personne ou d'un groupe de personnes ainsi que le harcèlement, l'injure, les stéréotypes négatifs, la stigmatisation ou la menace envers une personne ou un groupe de personnes et la justification de tous les types précédents d'expression au motif de la « race », de la couleur, de l'origine familiale, nationale ou ethnique, de l'âge, du handicap, etc. Pour l'ECRI, l'incitation à commettre certains actes illicites est une « forme particulièrement grave de discours de haine » ; elle est « convaincue que cette interdiction pénale est nécessaire lorsque le discours de haine a pour but d'inciter à commettre des actes de violence, d'intimidation, d'hostilité ou de discrimination à l'encontre des personnes visées, ou que l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il ait cet effet ». En d'autres termes, l'ECRI lie la responsabilité pénale à l'incitation à agir. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'exclut pas la répression pénale des formes d'expression qui ne se traduisent pas par des actes spécifiques illicites. Par exemple, la négation de l'Holocauste est réprimée par le droit pénal dans plusieurs pays d'Europe, et ces condamnations ne violent pas nécessairement l'article 10 de la Convention (voir *M'Bala M'Bala c. France* (déc.), n° 25239/13, 20 octobre 2015, paragraphe 39). Pour la Cour, donc, le lien avec des actes spécifiques illicites n'est pas indispensable à l'interdiction d'une certaine catégorie de discours. Cela étant, le débat sur des événements historiques devrait être autorisé (voir *Dink c. Turquie*, nos. 2668/07, 6102/08, 30 079/08, 7072/09 et 7124/09, 14 septembre 2010), surtout s'il est mené scientifiquement et dans la sérénité.

<sup>89</sup> La Commission de Venise a déjà dit que « l'application des lois relatives aux actes de haine doit être mesurée afin d'éviter que des restrictions destinées à protéger les minorités contre les humiliations, l'extrémisme ou le racisme, aient pour effet pervers de museler l'opposition et les voix dissidentes, de réduire au silence les minorités, et de renforcer le discours et l'idéologie dominants dans la sphère politique, sociale et morale » (CDL-AD(2008)026, rapport sur les relations entre liberté d'expression et liberté de religion : réglementation et répression du blasphème, de l'injure à caractère religieux et de l'incitation à la haine religieuse, paragraphe 58).

<sup>90</sup> Les rapporteurs ont appris, lors de leur visite à Malte, que les trois projets ont vu le jour à l'issue d'un long processus (préparation d'un document de réflexion, puis rédaction des projets de textes) dans lequel les autorités ont mené plusieurs cycles de consultations publiques avec les grandes parties prenantes.

97. Les projets de loi sous certains aspects, vont au-delà de ce qu'exigent strictement le droit de l'UE et les normes internationales. Certains éléments de la réforme proposée devraient être révisés pour prévenir des conflits potentiels avec la Constitution maltaise, la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ou des directives de l'UE. Les principales recommandations à ce sujet sont rassemblées ci-dessous.

- Le projet de loi sur la Commission pour les droits de l'homme et l'égalité est ambitieux en ce qui concerne la protection des victimes de discrimination : il met en place un conseil des droits de l'homme et de l'égalité aux compétences très larges, et qui exerce *de facto* une fonction juridictionnelle. Il serait en principe possible de lui confier quelques fonctions quasi juridictionnelles. Mais le modèle proposé (compétences parallèles du conseil et de la justice civile, avec deux voies de recours différentes, le choix de la juridiction appartenant au seul plaignant ; un conseil manquant d'indépendance, dépourvu de membres juges, étroitement rattaché à la commission et n'offrant pas les garanties procédurales d'un procès équitable) fait problème du point de vue constitutionnel, et pourrait susciter des incompatibilités avec la CEDH. Si la fonction juridictionnelle du conseil doit être maintenue, la Commission de Venise recommande de repenser complètement le dispositif à la lumière de l'article 46 de la Constitution et de l'article 6 de la CEDH.
- Le projet de loi sur la Commission pour les droits de l'homme et l'égalité ne garantit pas suffisamment l'indépendance de la commission. Il faudrait que le mode de sélection des candidats et d'élection des membres (à la majorité qualifiée) par le Parlement garantisse, dans une procédure ouverte et participative, le pluralisme de la composition de cet organisme et la représentation des divers secteurs de la société et des courants de pensée politique en son sein. Le projet devrait par ailleurs faire en sorte que les membres de la commission possèdent un mandat suffisamment stable et ne puissent pas être révoqués pour des raisons politiques. La taille proposée de la commission est excessive.
- Les fonctions de la commission pourraient être élargies. En particulier elle devrait pouvoir, dans certains cas, recourir à la médiation et intervenir en qualité d'*amicus curiae* dans des affaires examinées par la justice et relevant de sa mission. Elle devrait aussi pouvoir mener des enquêtes à caractère général et participer à la conception et à la promotion de normes en ce qui concerne les bonnes pratiques et les obligations liées à l'égalité. Elle devrait aussi pouvoir participer à la lutte contre le discours de haine.
- Le projet de loi sur l'égalité pose une obligation générale de l'administration publique en matière d'égalité ; mais cela ne devrait pas vouloir dire que l'administration publique a le pouvoir d'imposer de nouvelles obligations exécutoires aux acteurs privés. De telles obligations relèvent exclusivement du législateur.
- Le projet de loi sur l'égalité devrait définir plus précisément les mesures positives que doivent spécifiquement prendre les employeurs, les établissements d'enseignement, les fournisseurs de biens et de services, etc., et l'administration publique pour faire progresser l'égalité et promouvoir la diversité comme le veulent leurs obligations en la matière. Le projet devrait mentionner explicitement que les employeurs et les fournisseurs de biens et de services doivent prévoir des « aménagements raisonnables » à l'intention des personnes handicapées.

98. La Commission de Venise reste à la disposition des autorités maltaises pour tout complément d'assistance sur ces questions.