

**Notions en lien avec le racisme:  
acceptations en Suisse et au plan international**  
**Un état des lieux de la pratique, du droit  
constitutionnel et du droit international**

Une expertise réalisée sur mandat du Service de lutte contre le racisme (SLR),  
Département fédéral de l'intérieur DFI

Tarek Naguib

En collaboration avec Nadine Bircher et Tiziana Fuchs,  
Haute école des sciences appliquées de Zurich (ZHAW)

Winterthur et Berne, 27 août 2014



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Departement des Innern EDI  
Generalsekretariat GS-EDI  
**Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB**



**Notions en lien avec le racisme:  
acceptations en Suisse et au plan international**

## **Impressum**

Auteur: Tarek Naguib, avec la collaboration de Nadine Bircher et Tiziana Fuchs  
Traduction: Services linguistiques du Secrétariat général du Département fédéral de l'Intérieur  
Layout: Office fédéral des constructions et de la logistique (OFCL), 3003 Berne  
Editeur: Service de lutte contre le racisme SLR  
Département fédéral de l'intérieur  
Secrétariat général  
3003 Berne  
ara@gs-edi.admin.ch

Berne, 2014

# Table des matières

<b>1. Mandat</b>	<b>8</b>
A. Situation initiale	8
B. Mandat	10
C. Méthode	10
D. Structure	10
<b>2. «-ismes», en particulier «racisme»</b>	<b>12</b>
A. Racisme	12
1. Genèse et acceptions scientifiques	12
2. Situation juridique	16
3. Pratique des autorités suisses	18
4. Résumé	19
B. Autres «-ismes»: délimitations	21
1. Etat des lieux général	21
2. Antisémitisme	23
3. Antitsiganisme	24
C. Recoupement des «-ismes»: l'intersectionnalité	25
<b>3. Discrimination et notions apparentées</b>	<b>27</b>
A. Discrimination	27
1. Genèse et acceptions scientifiques	27
2. Situation juridique	29
3. Pratique des autorités suisses	33
4. Résumé	33
B. Discrimination par association	35
1. Genèse et acceptions scientifiques	35
2. Situation juridique	35
3. Pratique des autorités suisses	37
4. Résumé	37
C. Discrimination raciale	39
1. Genèse et acceptions scientifiques	39
2. Situation juridique	40
3. Pratique des autorités suisses	43
4. Résumé	43

D. Discrimination multiple	46
1. Genèse et acceptions scientifiques	46
2. Situation juridique	48
3. Pratique des autorités suisses	54
4. Résumé	54
<b>4. «-Phobie»: la xénophobie en particulier</b>	<b>57</b>
A. Xénophobie	57
1. Genèse et acceptions scientifiques	57
2. Situation juridique	59
3. Pratique des autorités suisses	61
4. Résumé	62
B. Islamophobie	64
1. Genèse et acceptions scientifiques	64
2. Situation juridique	68
3. Pratique des autorités suisses	70
4. Résumé	70
C. Christianophobie	72
1. Genèse et acceptions scientifiques	72
2. Situation juridique	75
3. Pratique des autorités suisses	76
4. Résumé	76
D. Autres manifestations spécifiques de la xénophobie, l'arabophobie et l'afrophobie en particulier	78
1. Arabophobie	78
2. Afrophobie	79
E. Autres phobies, en particulier l'homophobie et la transphobie	80
<b>5. Hate: Hate Speech, Hate Crime</b>	<b>81</b>
A. Hate Speech	81
1. Genèse et acceptions scientifiques	81
2. Situation juridique	85
3. Pratique des autorités suisses	89
4. Résumé	91

B. National, racial, religious hatred	94
1. Genèse et acceptions scientifiques	94
2. Situation juridique	95
3. Pratique des autorités suisses	97
4. Résumé	97
C. Hate crime (également: biased crime)	98
1. Genèse et acceptions scientifiques	98
2. Situation juridique	99
3. Pratique des autorités suisses	101
4. Résumé	101
<b>6. Intolerance: «... Related Intolerance»</b>	<b>103</b>
A. «... Related Intolerance»	103
1. Genèse et acceptions scientifiques	103
2. Situation juridique	103
3. Pratique des autorités suisses	105
4. Résumé	105
<b>7. Defamation: Defamation of Religion</b>	<b>107</b>
A. Defamation of Religion	107
1. Genèse et acceptions scientifiques	107
2. Situation juridique	110
3. Pratique des autorités suisses	112
4. Résumé	113
<b>8. Segregation: Racial Segregation</b>	<b>115</b>
A. Racial Segregation	115
1. Genese, wiss. Begriffsverständnisse	115
2. Situation juridique	119
3. Pratique des autorités suisses	123
4. Résumé	124
<b>9. Quelques références bibliographiques utiles</b>	<b>126</b>
<b>10. Répertoire des principales abréviations</b>	<b>127</b>

# 1. Mandat

## A. Situation initiale

*«It was (...) obvious to me that the language I had been interrogating was more casual (...) less «for real» (...) the language of rights provides a flexible vehicle for formulating interests and demands.»<sup>1</sup>*

La protection contre la discrimination raciale est un mandat du droit national et du droit international. Pour le réaliser, il est indispensable de parvenir à une communauté de vues sur les acceptions des notions et concepts en lien avec le racisme et de connaître les différences existant dans leur usage<sup>2</sup>. Une autre condition indispensable à ce mandat de protection, la sécurité juridique, n'est cependant pas garantie: en politique nationale et internationale, il n'y a aucune entente sur les notions et significations relatives à la discrimination raciale et aux phénomènes qui lui sont liés. Même la pratique des organes juridiques internationaux n'a pu opposer à ce flou juridique des concepts clairs capables de s'imposer. Des différences étymologiques, sémiotiques et culturelles, qui se manifestent aussi dans le langage, expliquent cette controverse politique et cette insécurité juridique. Les contextes socio-économiques et sociopsychologiques jouent quant à eux un rôle tout aussi déterminant, de même que l'héritage historique de chaque Etat, ce à quoi il faut encore ajouter les différences de culture juridique et de structure des régimes juridiques. Mentionnons par ailleurs la forte politisation dont font l'objet, à l'échelle nationale et internationale, les débats sur le racisme et la lutte contre le racisme, politisation qui est en grande partie un héritage du passé.

Pour les raisons citées ci-dessus, de nombreuses notions en lien avec le phénomène du racisme ont été introduites ces cinquante dernières années dans les conventions internationales, la soft law et d'autres documents de la diplomatie internationale, mais ces notions n'ont été ni suffisamment définies ni clairement distinguées les unes des autres. La pratique des divers organes des Nations-Unies (ONU), créés ou non par une convention, de l'Organisation internationale du travail (OIT), du Conseil de l'Europe et de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en

<sup>1</sup> Kennedy, *The Critique of Rights in Critical Legal Studies*, in: Brown Wendy/Halley Janet (éd.), *Left Legalism/Left Critique*, Durham/London 2002, 178–227, pp. 193 et 214; au sujet de la critique du média de communication qu'est le langage juridique, qui laisse place à l'interprétation et à la manipulation, voir *Frankenberg Günter*, *Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies etc.*, in: Buckel Sonja/Christensen Ralph/Fischer-Lescano Andreas (éd.), *Neue Theorien des Rechts*, , note 25, p. 100 s.

<sup>2</sup> La formulation «protection contre la discrimination» utilisée ici comprend la triade des niveaux de responsabilité existant dans la théorie des droits de l'homme. Au sujet de sa genèse, voir *Pärli Kurt*, *Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis*, Stämpfli Verlag, Berne 2009, ch. 134. Cette formulation se réfère également au mandat constitutionnel découlant de l'art. 8, al. 2 à 4, en lien avec l'art. 35 Cst, qui demande que des mesures adaptées soient prises pour lutter contre la discrimination raciale.



Europe (OSCE) n'en a jusqu'à maintenant pas suffisamment précisé les contours. On observe plutôt un agglomérat de notions vagues, déterminées par les intérêts nationaux. Ces notions ont chacune une origine et une évolution propre:

- Certaines notions – discrimination raciale, *racial hatred*, *religious hatred*, *national hatred*, *racial segregation* – découlent en grande partie du droit international.
- D'autres tels que christianophobie, islamophobie, (*related*) *intolerance* proviennent à l'origine du discours international sur les droits humains, et ont été repris par le droit international et dans la *soft law*.
- D'autres encore ont surgi dans des débats juridiques nationaux surtout, avant de faire leur apparition dans l'agenda international. C'est le cas de *hate crime*, *hate speech*, discrimination par association.
- Certaines notions découlent d'une interaction entre des mouvements politiques d'émancipation nationaux et internationaux et des débats scientifiques et juridiques, comme intersectionnalité, discrimination multiple, antitsiganisme.
- Enfin, des notions doivent leur origine à des réflexions avant tout scientifiques sur des phénomènes sociétaux (racisme, antisémitisme) ou ont été reprises du droit international (xénophobie).

A l'échelle internationale, il existe un consensus sur l'importance de lutter contre la discrimination raciale et une volonté de tirer les leçons des deux guerres mondiales, de l'époque coloniale, de l'apartheid tout comme de la ségrégation raciale actuelle. De fortes divergences subsistent toutefois sur les priorités à fixer au plan politique. Il est par conséquent important que les Etats et les autres acteurs et actrices<sup>3</sup> politiques s'assurent constamment de savoir de quoi parlent exactement leurs interlocuteurs lorsqu'ils abordent des questions en lien avec le racisme, et soient aussi à même de justifier leur propre pratique terminologique. Un état des lieux présentant les principales notions, leur genèse, leur évolution et leur signification dans le droit international est susceptible de constituer un premier pas important dans ce sens.

---

<sup>3</sup> Dans la version originale du présent document, en langue allemande, l'auteur utilise le *Gender\_Gap*, selon la proposition que Steffen Kitty Herrmann fait en p. 64 de son ouvrage *Queer(e) Gestalten*. Le «\_» symbolise tous ceux qui ne se retrouvent pas dans la formulation binaire des genres (transsexuels, intersexuels, etc).

## B. Mandat

La présente expertise a été mandatée par le Service de lutte contre le racisme (SLR). Elle vise deux objectifs principaux. Il s'agit premièrement de préciser les acceptions d'une liste de notions en droit international, en mentionnant les ambiguïtés et les divergences par rapport à l'usage suisse. La liste des notions n'est pas exhaustive, mais découle d'un choix fait par le mandant. Il s'agit aussi de proposer une définition pour chaque notion retenue.

## C. Méthode

Compte tenu des limites budgétaires de la présente expertise, nous avons circonscrit nos considérations à certaines sources précises de la doctrine et de la pratique en droit international et droit constitutionnel; nous les avons complétées en analysant des extraits de documents importants relevant de la soft law (résolutions de l'ONU, du Conseil de l'Europe, de l'OCDE). Nous y abordons également l'étymologie des notions retenues, certains éléments des débats en cours dans les sciences sociales ainsi que les définitions et prises de position de la Commission fédérale contre le racisme (CFR) et du SLR. Enfin, nous y avons inclus les conclusions auxquelles sont parvenus des représentant-e-s du SLR et du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) après avoir examiné la première version de cette expertise durant des séances qui ont eu lieu le 13 novembre 2013 et durant le mois de février 2014.

## D. Structure

Dans un premier temps, les notions à examiner ont été classées dans les catégories suivantes, qui découlent de considérations linguistiques et étymologiques:

- Sous «-ismes»: *Racisme et autres* (1), nous nous penchons sur la notion de racisme (A); nous distinguons le racisme d'autres «-ismes» (B) (antisémitisme et antisiganisme entre autres) puis abordons en conclusion la notion d'intersectionnalité, soit l'imbrication des différents «-ismes» (C).
- La partie *Discrimination: discrimination raciale et autres* (2), traite les notions de discrimination directe et indirecte (A), discrimination par association (B), discrimination raciale (C) et discrimination multiple (D).
- Sous «-phobies»: *xénophobie et autres* (3) ce sont les notions de xénophobie (A), d'islamo-phobie (B), de christianophobie (C) et d'autres «-phobies» (D) qui sont prises sous la loupe.

- Dans la partie *Hate: racial hatred et autres* (4), les notions suivantes sont traitées: *hate speech* (A), avec des considérations générales et un usage spécifique, celui de la «haine raciale, nationale, religieuse» de l’art. 20, al. 2, Pacte I de l’ONU ainsi que *hate crime* (B).
- La partie consacrée à la notion de *Intolerance* (5) comprend la notion de *related intolerance* (A).
- La partie *Defamation* (6) comprend la notion de *defamation of religion* (A).
- Sous *Segregation* (7), nous expliquons entre autres la notion de racial segregation.

Chaque sous-chapitre (A, B, etc.) est structuré de la même façon:

- Sous *Genèse et acceptions scientifiques* (1), nous présentons l’étymologie de la notion, des points de vue scientifiques et son usage dans le langage courant.
- Sous *Situation juridique* (2), nous analysons les définitions qu’en donne le droit international et comparons celles-ci, lorsque c’est possible, avec le droit suisse.
- Sous *Pratique des autorités suisses* (3), nous présentons la pratique de l’administration fédérale (et en particulier celles de la CFR et du SLR) et, lorsque c’est nécessaire, la jurisprudence suisse. Nous nous limitons en général à indiquer que cette jurisprudence fait référence à une acception en vigueur dans le droit international ou que cette pratique n’est pas observée en Suisse.
- Sous *Résumé* (4), nous présentons une synthèse de la notion, ses bases juridiques, une proposition de définition et les questions en suspens.

## 2. «-Ismes», en particulier «racisme»

### A. Racisme

#### 1. Genèse et acceptions scientifiques

Des doutes subsistent sur la *genèse* de la notion de racisme. Selon Christian Koller, l'adjectif «raciste» apparaît dans les années 1890 déjà, lorsque les nationalistes le choisissent pour se décrire, tandis que le substantif «racisme» est utilisé pour la première fois dans les années 1920 comme «concept de lutte antiraciste»<sup>4</sup>. En l'état actuel des connaissances historiographiques occidentales (ou européennes), on considère que l'historien et bibliothécaire belge Theophile Simar a été l'un des premiers à mentionner par écrit le concept de racisme pour critiquer la doctrine raciale de l'Europe de l'après-Première Guerre mondiale<sup>5</sup>. C'est ensuite au sexologue Magnus Hirschfeld que l'on doit d'avoir fait connaître le concept en Europe, dans son ouvrage intitulé *Analyse und Widerlegung der nationalsozialistischen Rassendoktrin*, rédigé entre 1933 et 1934, publié en 1938 à titre posthume seulement, et en traduction anglaise de surcroît<sup>6</sup>. La première définition connue du racisme est probablement donnée par l'Américaine Ruth Benedict, en 1943<sup>7</sup>. La notion était apparue pour la première fois une année auparavant dans un dictionnaire, le Meyers Lexikon, qui la présentait comme le *Schlagwort des demokratisch-jüdischen Weltkampfes gegen die völkische Erneuerungsbewegung*. Depuis lors, il fait l'objet d'un débat interdisciplinaire et transdisciplinaire nourri et approfondi, qui génère une riche palette de propositions de définitions et de typologies<sup>8</sup>.

*Etymologiquement*, le concept de «racisme» provient de la juxtaposition de «race» et de «isme». «Isme» vient du grec ancien, de la terminaison du verbe «izein» (qui signifie agir d'une certaine manière); utilisé comme suffixe, il désigne une doctrine, une idéologie, un courant intellectuel, une pratique en lien avec des groupes déterminés (voir à ce sujet chap. 2.B.1.), des «races» dans le cas présent. L'origine de la notion de «race» est elle aussi sujette

<sup>4</sup> Koller Christian, *Rassismus*, UTB, Paderborn 2009, p. 8; voir aussi Miles Robert, *Die Überdehnung der Begriffe*, p. 57 à 69.

<sup>5</sup> Simar Théophile, *Etude critique sur la formation de la doctrine des races au XVIII<sup>e</sup> siècle et son expansion au XIX<sup>e</sup> siècle*, Bruxelles 1922; Barzun Jacques, *Race: A Study in Modern Superstition*, 1937; Huxley Julian/Haddon C. Alfred, *We Europeans: A survey of Racial problems*, 1936; Hertz Friedrich, dans *Rasse und Kultur*, utilise pour la première fois le concept de *Rassenhass*, p. 1 à 19.

<sup>6</sup> Hirschfeld Magnus, *Racism*, 1938. Au sujet du concept de «race» dont on admet généralement qu'il provient de l'arabe *raz* (tête, meneur, ou aussi origine) et du latin *radix* (racine), voir Geulen Christian, *Geschichte des Rassismus*, p. 13 ss.

<sup>7</sup> Benedict Ruth, *Race and Racism*, 1943.

<sup>8</sup> Pour une présentation détaillée du sujet, voir Naguib Tarek, *GRA gegen Kaspar: Wenn der Antirassismus staatlich sanktioniert wird*, recht 2013, 13–27, p. 18 ss.

à polémique: certains soutiennent qu'elle vient de l'arabe, mais elle peut aussi remonter aux langues romanes, qui entendent par «race» l'appartenance à une famille, et cela dès le XIII<sup>e</sup> siècle. Lorsque les Espagnols promulguent l'Edit d'expulsion, en 1492, ils parlent par conséquent des Juifs comme d'une *raza*, entendant par là une communauté de filiation. En France, au XVI<sup>e</sup> siècle, les nobles de naissance, de vieille lignée, se définissent comme une *race* (filiation) pour se démarquer d'une noblesse de robe en plein essor. Il est par la suite question de *païens* (terme d'origine religieuse) ou de *barbares* (terme repris de l'Antiquité), et ce n'est qu'à l'époque des Lumières que la notion de «race» fait son retour comme concept de classification: au XVIII<sup>e</sup> siècle déjà, on s'y réfère pour taxer les Chinois de jaunes et par là, les démarquer des blancs Européens<sup>9</sup>. Actuellement, si le monde anglo-saxon se sert du concept de «race»<sup>10</sup>, il est tabou en Europe continentale.

La *sociologie*, la *psychologie sociale* et *l'histoire* ne proposent pas de définition généralement admise du racisme; cette définition varie en fonction du niveau d'interprétation et, jusqu'à un certain point, également de la discipline scientifique. Etienne Balibar constatait en 1998 qu'il n'y a pas un seul racisme invariant, mais un spectre de racismes qui varient en fonction des situations. La configuration que prend ce phénomène n'a pas de frontières fixes, elle ne fait que refléter un instant d'une évolution et peut prendre une autre place dans le spectre des racismes possibles, selon ses possibilités latentes, mais aussi en fonction des circonstances historiques et des rapports de force au sein de la société<sup>11</sup>. Plusieurs auteur-e-s tels que Stuart Hall, George M. Fredrickson, Léon Poliakov, Christian Delacampagne et Patrik Girard critiquent le caractère vague et hétérogène du concept de racisme<sup>12</sup>. Quelques-uns, comme Loïc J. D. Wacquant et Albert Memmi, vont même jusqu'à proposer de renoncer une fois pour toutes au terme explosif de racisme, bien trop fourre-tout, ou tout au plus de se limiter à l'utiliser pour décrire des doctrines et des convictions pouvant faire l'objet d'une analyse empirique<sup>13</sup>. D'autres auteur-e-s, qui appartiennent à la relève de la recherche sur le racisme, comme Mark Terkessidis, Paul Mecheril et Manuela Bojadzjev, plaignent quant à eux pour un changement de

<sup>9</sup> Koller (note 5), p. 9 ss.

<sup>10</sup> Le recensement des Etats-Unis prend en compte plus de 50 «races».

<sup>11</sup> Voir aussi Geulen Christian, *Geschichte des Rassismus*, Beck Verlag, Munich 2007, p. 7 s.

<sup>12</sup> Comme Hall Stuart, «Rasse», *Artikulation und Gesellschaften mit struktureller Dominanz*, in: *Rassismus und kulturelle Identität, Ausgewählte Schriften* vol. 2, Hambourg 1994; Fredrickson George M., *Racism. A Short History*, 2004; Poliakov Léon/Delacampagne Christian/Girard Patrick, *Le racisme*, Seghers, 1976.

<sup>13</sup> Wacquant J. D. Loïc, *For an Analytic of Racial Domination*, in: Davis Diane D. (éd.), *Political Power and Social Theory*, vol. 11, JAI Press, 1997; Memmi Albert, *Le racisme*, 1982.

paradigme. Ils préconisent de passer de la lutte contre le racisme à l'étude du racisme, c'est-à-dire de définir subjectivement le racisme, du point de vue de ses victimes, et non seulement objectivement, du point de vue de l'observateur scientifique<sup>14</sup>.

Il existe trois distinctions principales dans la manière d'appréhender scientifiquement le racisme et dans les typologies proposées:

- On distingue d'une part le *racisme pseudo-biologique* du *racisme culturel*. Les formes de racisme pseudo-biologique se fondent sur des attributs phénotypiques et génotypiques pour affirmer la transmission héréditaire de caractéristiques psychiques et sociales et en déduire une infériorité de certains groupes de personnes. Les formes de racisme relevant du racisme culturel légitiment quant à elles l'infériorité par des attributs psychiques et sociaux, réels ou attribués, transmis culturellement<sup>15</sup>.
- On distingue d'autre part le *racisme idéologique* du *racisme structurel*<sup>16</sup>. Le racisme idéologique considère le racisme comme un processus de construction de la «race». Il s'intéresse par conséquent avant tout aux stéréotypes sociétaux et aux préjugés individuels, peu importe, au moins superficiellement, qu'il s'agisse de formes extrémistes de racisme ou de zones d'ombre seulement. Le racisme structurel voit lui dans le racisme une conséquence de «l'organisation de la vie en société». Tant les règles écrites que la culture organisationnelle non écrite privilégient systématiquement les membres du propre groupe par rapport aux autres. La différence entre racisme idéologique et racisme structurel fait aussi débat au sein des sciences sociales, de la psychologie sociale et de l'histoire. Ses critiques pointent du doigt le fait que cette différence théorique n'apparaît presque pas dans la réalité. Ils soulignent qu'il est en effet souvent possible d'expliquer les pratiques structurelles institutionnalisées (lois, règles) par des stéréotypes ou des préjugés irréflechis apparaissant dans le ressentir et

<sup>14</sup> *Terkessid Mark*, Die Banalität des Rassismus: Migranten zweiter Generation entwickeln eine neue Perspektive, 2004, p. 87 ss; *Bojadzijev Manuela*, Antirassistischer Widerstand von Migrantinnen und Migranten in der Bundesrepublik: Fragen der Geschichtsschreibung, in: 1999. Zeitschrift für Sozialgeschichte des 20. und 21. Jahrhunderts, cahier 1, p. 135; *Mecheril Paul*, Rassismuserfahrungen von Anderen Deutschen – Eine Einzelfallbetrachtung, in: Mecheril Paul/Thomas Theo (éd.), Psychologie und Rassismus, 1997, p. 179.

<sup>15</sup> A propos des différentes combinaisons existantes, voir notamment Memmi (note 14); Fredrickson (note 13), p. 16 et 173; *Butterwegge Christoph*, Rechtsextremismus, Rassismus und Gewalt, Darmstadt 1996, p. 123; *Kappeler Manfred*, Rassismus: über die Genese einer europäischen Bewusstseinsform, Francfort-sur-le-Main 1994; *Kreis Georg*, Kein Volk von Schafen – Rassismus und Antirassismus in der Schweiz, 2007.

<sup>16</sup> Voir à ce sujet *Essed Philomena*; «Intolerable Humiliations», Racism, Postcolonialism, Europe, in: Huggan Graham/Law Ian (éd.); *Miles Robert*, Racism, Routledge 1989; Osterkamp Ute, Institutioneller Rassismus. Problematik und Perspektiven, in: Mecheril Paul/Theo Thomas (éd.), Psychologie und Rassismus, 1997, p. 95 ss; *Attia Iman*, Die «westliche Kultur» und ihr Anderes. Zur Dekonstruktion von Orientalismus und antimuslimischem Rassismus, 2009.

la pensée individuelle. Là où ils voient une différence, c'est dans le décalage temporel, qui peut être important, entre l'idéologie et la pratique structurelle excluante, le racisme idéologique apparaissant bien avant ses conséquences. Ils considèrent cependant que le racisme structurel consiste lui aussi souvent en une alternance entre des normes formelles à première vue neutres du point de vue idéologique (c'est-à-dire des règles) et les jugements de valeur idéologiques qui les sous-tendent.

- Troisièmement, une distinction est faite entre le *racisme interpersonnel* et le *racisme institutionnel*<sup>17</sup>, c'est à dire entre le racisme comme préjugés et actions entre des individus concrets (racisme interpersonnel) et le racisme comme mécanisme d'exclusion, qui s'inscrit dans le pouvoir institutionnel et organisationnel (appliqué par des autorités ou par des entreprises, entre autres organisations) sous forme de règles formelles ou de pratiques informelles (racisme institutionnel). Ici aussi, la réalité sociale est telle qu'il n'est pas toujours ni possible ni pertinent d'introduire une distinction nette entre racisme interpersonnel et racisme institutionnel. Dans les formes institutionnelles, ce sont en effet souvent des individus qui sont à l'origine de l'action (mesures administratives, loi, etc.). De plus, les incidents racistes interpersonnels ne peuvent être considérés hors de leur contexte institutionnel; cela est vrai également lorsqu'il semble à première vue qu'il y a abus de fonction institutionnelle.

Dans le langage courant, la notion de racisme est extrêmement vague et hétérogène dans le monde entier, et le sujet n'a été que très peu abordé en sciences sociales. Dans le milieu des organisations spécialisées dans la lutte contre le racisme et la défense des droits humains, par contre, on souligne de manière plus ou moins unanime le fait qu'en Europe continentale, la société majoritaire<sup>18</sup> adopte une perspective plutôt restrictive en considérant comme du racisme presque exclusivement les préjugés manifestes à l'encontre de personnes en raison de la couleur de leur peau ou de leur origine culturelle<sup>19</sup>. En particulier dans les Etats ayant eu un passé colonial ou pratiqué des formes systématiques de racisme tel que l'esclavage, les acteurs de la lutte contre le racisme adoptent un point de vue sociétal bien plus large. Ils n'appréhendent pas le racisme comme un phénomène idéologique seulement, mais aussi comme un phénomène structurel et institutionnel<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Osterkamp (note 17), p. 95.

<sup>18</sup> Nous nous référons ici au concept de société majoritaire tel qu'il est développé dans la partie de la théorie de l'identité sociale consacrée à l'endogroupe et à l'exogroupe. Ce concept, issu de la recherche en sociologie et en psychologie sociale, aborde l'identification de l'individu à un groupe social tout comme son appartenance ou sa non appartenance à un tel groupe, quand elle est décrétée par autrui. Il a entre autre été développé par *Tajfel Henri*, Experiments in Intergroup Discrimination, 96–102; voir aussi *Tajfel H./Billig M.G./Bundy R.P./Flament C.*, Social categorization and intergroup behaviour, *European Journal of Social Psychology* 1 (2), 149–178.

<sup>19</sup> *Naguib* (note 9), p. 24.

<sup>20</sup> Voir par exemple *Hall* (FN 13).

## 2. Situation juridique

A quelques exceptions près<sup>21</sup>, ni les traités internationaux ni le droit suisse ne se réfèrent directement à la notion de «racisme», mais ils prennent en compte le phénomène du racisme sous l'angle de la discrimination raciale (cf. chap. 3.C.1.)<sup>22</sup>. La soft law mentionne par contre le «racisme», et cette notion apparaît dans diverses résolutions, lignes directrices et autres documents administratifs de ce type<sup>23</sup>, sans qu'il en soit toutefois donné de définition abstraite et générale; ces actes se bornent à faire référence à des définitions déjà existantes<sup>24</sup>. On s'en tient en règle générale à une description par induction, en présentant différentes manifestations du phénomène, comme le fait régulièrement le rapporteur spécial de l'ONU contre le racisme<sup>25</sup>. Il ressort même des nombreux travaux préparatoires que l'on a consciemment renoncé à donner une définition exclusive de la notion de racisme (cf. chap. 1.A.).

Trois raisons expliquent cette retenue<sup>26</sup>: premièrement, le point de vue des droits humains s'intéresse avant tout à la discrimination que génèrent les préjugés racistes, et non aux préjugés eux-mêmes. Deuxièmement, la définition du racisme suscite de vifs débats, tant au plan scientifique que politique (cf. chap. 1.A.)<sup>27</sup>; les réalités sociales nationales, passées et contemporaines, sont telles qu'on se réfère certes à un phénomène semblable, mais en se penchant

<sup>21</sup> Dans les traités internationaux, voir par ex. «doctrines racistes» (préambule de la CIERD), «activités racistes» (art. 4a CIERD). Dans le droit suisse, voir par ex. le chap. 7, al. 1, let. a, et al. 2 de l'ordonnance sur l'affichage public du canton de Bâle-Ville (Plakateverordnung des Kantons Basel-Stadt SG 569.500).

<sup>22</sup> Cf par ex. art. 1 CIERD et art. 8, al. 2 Cst.

<sup>23</sup> C'est le cas par ex. de la déclaration finale et du programme d'action de la Conférence mondiale de l'ONU contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui lui est associée, Durban (Afrique du Sud), 31.8.–8.11.2001; voir aussi le rapporteur spécial de l'ONU sur le racisme dans la rés. 7/34 du 28.3.2008, U.N. Doc. A/HRC/RES/7/43; le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, dans la rés. du 13.6.2002 (2002)8 relative au statut de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI); la déclaration de l'ECRI du 14.12.2001 sur la lutte contre le terrorisme et la protection des droits humains.

<sup>24</sup> Par ex. dans CDH, rés. du 28.3.2008, U.N. Doc. A/HRC/734; AG, rés. du 5.3.2006, U.N. Doc. A/RES/60/251. Ne relève pas de la soft law la déclaration que l'UNESCO a approuvée à l'unanimité lors d'un colloque scientifique, et qui définissait le racisme comme *la croyance que les populations humaines se distinguent par des caractéristiques génétiques ayant une valeur sociale, de sorte que certains groupes sont supérieurs ou inférieurs aux autres* (Déclaration de l'UNESCO contre la notion de «race», adoptée le 9.6.1995, citée dans: Sow Noah, Deutschland Schwarz Weiss. Der alltägliche Rassismus, p. 77 s).

<sup>25</sup> Cf par ex. la Déclaration de M. Githu Muigai, rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui lui est associée (citée dans le UN-Rap. -Racism), la Troisième Commission de la 65<sup>e</sup> session de l'Assemblée générale, objet 69 (a et b), du 1.11.2010; voir aussi AG, rés. du 22.2.2008, U.N. Doc. A/RES/62/142.

<sup>26</sup> CDR, rés. du 28.3.2008, U.N. Doc. A/HRC/RES/7/43; rapport du 30.1.2007 de M. Doudou Diène, Mission en Suisse, U.N. Doc. A/CRC/4/19/Add. 2, p. 2.

<sup>27</sup> Voir d'autre part la constatation problématique du Tribunal fédéral, qui considère que le racisme est un concept qui contient un noyau d'allégation de fait (*Sachkem*) (TF 5A\_82/2012, arrêt du 29.8.2012); pour une critique de cet arrêt, voir *Bussmann*, «Verbaler Rassismus» als Persönlichkeitsverletzung? PJA 2013, p. 286 ss; *Naguib* (note 9).



sur des situations historiques très diverses, et en mettant chaque fois l'accent sur des éléments différents<sup>28</sup>. Troisièmement, la communauté des Etats tient à garder une notion de racisme dynamique, ouverte à de nouveaux mécanismes d'exclusion comparables (racismes)<sup>29</sup>.

La manière dont l'ONU conçoit le racisme ressort clairement du mandat de son rapporteur spécial sur le racisme<sup>30</sup>. Ce mandat mentionne *les manifestations des formes contemporaines de racisme et de discrimination raciale à l'égard des Africains et des personnes d'ascendance africaine, des Arabes, des Asiatiques et des personnes d'ascendance asiatique, des migrants, des réfugiés, des demandeurs d'asile, des personnes appartenant à des minorités et des peuples autochtones (...)*<sup>31</sup>. Selon le rapporteur spécial, il s'agit de préjugés ainsi que d'actes de stigmatisation, de marginalisation et de discrimination à l'encontre de membres de communautés ethniques, religieuses ou culturelles, ou de minorités nationales<sup>32</sup> ou contre d'autres groupes que l'on considère comme inférieurs en raison de caractéristiques biologiques ou culturelles. Il se réfère ce faisant à la définition de la discrimination raciale donnée dans l'art. 1 de la convention CERD, et qui comprend tant *les formes de discrimination raciale institutionnalisée que les formes diffuses*<sup>33</sup>, qui se fondent sur des préjugés contre des minorités ethniques, culturelles, linguistiques, religieuses et autres<sup>34</sup>. Cette définition s'étend aux attitudes dévalorisantes, aux préjugés conscients et inconscients et aux inégalités de traitement fondées sur des caractéristiques phénotypiques (couleur de peau, forme des yeux, texture des cheveux, par ex.) ou de caractéristiques culturelles effectives ou attribuées (langue, religion, caste, etc.). En font partie les conceptions biologiques et culturelles du racisme, l'exclusion idéologique et structurelle ainsi que le racisme interpersonnel et institutionnel<sup>35</sup> (cf. chap. 2.A.1.). Les règles formelles et

<sup>28</sup> Alors qu'en Allemagne par exemple, on se préoccupe avant tout de l'antisémitisme, les Etats d'Afrique centrale et d'Afrique du Sud mettent eux l'accent sur le problème du racisme anti-Noirs et les Etats arabes sur la problématique de l'islamophobie.

<sup>29</sup> Pour toute cette question, voir par ex AG, rés. du 11.3.2013, U.N. Doc. A/RES/6/155, par. 6; voir aussi la documentation sur la Conférence de Durban et la Conférence d'examen de Durban, sous <http://www.edi.admin.ch/frb/00497/00504/index.html?lang=fr> (consulté le 2.11.2013). Des formulations telles que «racisme, discrimination raciale, xénophobie ou related intolerance» sont le fruit tant d'un compromis politique que de différences dans la prise de conscience du phénomène complexe qu'est le racisme.

<sup>30</sup> Voir la prorogation du mandat du rapporteur spécial dans CDH, rés. du 13.4.2011, U.N. Doc. A/HRC/RES/16/33; et aussi CDH, rés. du 28.3.2008, U.N. Doc. A/HRC/7/34.

<sup>31</sup> CDH, rés. du 28.3.2008, U.N. Doc. A/HRC/7/34, par. 2(a).

<sup>32</sup> Voir par ex. CDH, rés. du 12.1.2007, U.N. Doc. A/HRC/4/19, par. 1; voir également CDH, rés. du 18.1.2006, U.N. Doc. E/CN.4/2006/16, par. 29 à 34.

<sup>33</sup> Commission des droits de l'homme, rés. du 2.2.1994, U.N. Doc. E/CN.4/1994/66, par. 16.

<sup>34</sup> Commission des droits de l'homme, rés. du 2.2.1994, U.N. Doc. E/CN.4/1994/66, par. 19.

<sup>35</sup> Voir par exemple CDH, rés. du 28.3.2008, A/HRC/RES/7/43.

informelles en vigueur au sein d'une organisation (Etat, autorités, entreprises, notamment) ou d'une partie d'une organisation de ce genre, qui guident la pratique de leurs membres, de leurs employés ou des personnes qu'elles mandatent, sont également prises en compte. Entrent dans la catégorie des actes racistes les inégalités de traitement de nature verbale, physique ou juridique telles que le fait de refuser l'accès à des ressources culturelles, politiques, sociales et économiques, de nier les droits fondamentaux des individus appartenant à des groupes raciaux et ethniques déterminés (*denial of individuals belonging to different racial and ethnic groups of their recognized human rights*), l'incitation à la haine (*incitement to all forms of hatred*), les discours de haine racistes (*racially motivated hate speech*) et la diffusion d'idées de supériorité raciale (*dissemination of ideas of racial superiority*).

### 3. Pratique des autorités suisses

Contrairement aux instances internationales, les entités fédérales que sont la CFR et le SLR proposent des définitions du racisme (juridiquement non contraignantes) sur leurs sites internet, tant pour informer les internautes que pour se doter de lignes directrices. A l'instar des organisations internationales, elles sont tout à fait conscientes de la difficulté qu'il y a à définir le racisme. La CFR a ainsi exclu en 2010 de se doter d'une définition définitive pour guider son travail<sup>36</sup>, argumentant qu'elle souhaitait et devait garder une marge de manœuvre dans ce domaine. Les discriminations raciales évoluent en effet avec la société, et les changements sociétaux produisent de nouvelles formes et de nouveaux axes d'exclusion, de diffamation et de rabaissement, faisant apparaître de nouveaux groupes de victimes. Preuve en est le phénomène connu de tout un chacun: ce ne sont pas les «races» qui créent le racisme, mais bien le racisme qui crée les «races».

De l'avis de la CFR et du SLR (qui se fondent en cela sur Albert Memmi, connu pour ses recherches sur le racisme), quatre éléments sont caractéristiques des idéologies racistes: premièrement, la construction et l'accentuation de différences réelles ou fictives entre le raciste et sa victime; deuxièmement, la valorisation de ces différences réelles ou fictives, au profit du raciste et au détriment de la victime; troisièmement, une généralisation et une absolutisation de ces différences; quatrièmement, la légitimation d'une agression ou d'un privilège. La CFR constate en outre qu'à côté de cette définition stricte du terme, qui s'applique en particulier au racisme pseudo-biologique et au racisme idéologique, il existe un racisme au sens large, qui s'appuie sur des arguments culturels, psychologiques, sociaux ou métaphysiques<sup>37</sup>. Le

<sup>36</sup> CFR, Le droit contre la discrimination raciale, p. 6 s.

<sup>37</sup> Voir sous [www.ekr.admin.ch](http://www.ekr.admin.ch) > Thèmes > Racisme

SLR estime même que *la plupart des cas de discrimination en Suisse n'ont pas un fondement idéologique; ils sont l'expression de l'ignorance, de peurs diffuses, d'agressions, de préjugés et de manque d'empathie, et s'inscrivent aux niveaux structurel, institutionnel et individuel*<sup>38</sup>.

Par ailleurs, tant la CFR que le SLR mentionnent des types de racismes touchant des groupes déterminés: antisémitisme, islamophobie, racisme anti-Noirs, antitsiganisme, intolérance, xénophobie ainsi que racisme envers les requérants d'asile et les personnes sans titre de séjour. En particulier en ce qui concerne les personnes sans droit de séjour (ou «sans-papiers»), ces deux organes déplorent les disparités cantonales dans la manière de traiter les cas, différences qui génèrent selon eux des inégalités de traitement problématiques.

#### 4. Résumé

Notion: fr. racisme; all. Rassismus; it. razzismo; angl. racism.

Bases légales: la notion de «racisme» n'est pas établie en droit international. Elle ne figure pas dans les actes du droit international et du droit constitutionnel, à quelques exceptions près (comme le préambule de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de racisme, ou Convention CERD). La soft law la mentionne toutefois explicitement. Si la notion est utilisée, elle n'a pas pour autant été définie de manière définitive. Les acteurs et actrices du domaine ont préféré se laisser une marge de manœuvre en la matière: d'une part, la notion est sujette à controverse tant sur la plan scientifique que politique et d'autre part, une définition ouverte présente l'avantage de pouvoir englober de nouvelles formes d'exclusion. Par ailleurs, la soft law ne fait qu'effleurer la question de la relation entre la notion de racisme et celle, bien établie en droit international, de discrimination raciale d'une part, et de notions telles que la xénophobie et l'intolérance d'autre part.

Signification: nous référant à la soft law, nous considérons le «racisme» comme un <sup>1</sup>préjugé personnel ou structurel, qui se fonde sur <sup>2a</sup>des caractéristiques phénotypiques, <sup>2b</sup>des caractéristiques culturelles, l'origine régionale ou nationale, le mode de vie ou l'appartenance à une caste, pour classer les personnes dans des groupes aux propriétés <sup>3a</sup>sociales, <sup>3b</sup>physiques ou <sup>3c</sup>psychiques déterminées, <sup>4</sup>classification sur la base de laquelle des personnes sont considérées comme inférieures et des inégalités de traitement dans la jouissance de leurs droits (processus de ) sont légitimées.

<sup>38</sup> Voir sous [www.edi.admin.ch/frb/](http://www.edi.admin.ch/frb/) > Thèmes > Demandes et réponses > Racisme et discrimination.

- Nous entendons ici par *1*préjugé une attitude consciente ou inconsciente reposant, au plan cognitif, sur des stéréotypes et au plan affectif sur des sentiments négatifs. Cette attitude n'implique pas forcément de sentiment de haine (cf chap. 5.A.1.). Un préjugé est *personnel* s'il est le fait d'une personne physique. Il est *structurel* lorsqu'il influence les décisions et les actions par des pratiques plus ou moins conscientes ou inconscientes dans le cadre de processus organisationnels, processus qui subsistent en raison de préjugés racistes.
- <sup>2a</sup> Les *caractéristiques phénotypiques* peuvent être morphologiques (couleur de peau, chevelure, forme des yeux, taille, etc. ), physiologiques (propriétés physiques et biochimiques des cellules, des tissus et des organes) et psychiques (propriétés de la pensée et de la perception). Il peut s'agir tant de caractéristiques ou propriétés effectives qu'attribuées.
- <sup>2b</sup> Les *caractéristiques culturelles* peuvent être en particulier la langue, les coutumes, les mœurs ainsi que la vision spirituelle ou religieuse du monde.
- <sup>3a</sup> Les *préjugés racistes* attribuent régulièrement aux personnes concernées (ou aux personnes appartenant à un groupe) un manque de compétences sociales, les jugeant incapables d'adapter leurs objectifs aux attitudes et valeurs d'un autre groupe (en raison notamment d'un manque d'empathie, de leur agressivité ou d'une attitude de repli).
- <sup>3b</sup> Les *propriétés physiques* comprennent des caractéristiques morphologiques perceptibles par le toucher ou la vue, comme l'apparence physique (taille, proportions, formes, couleur, surface), par l'odorat (odeurs corporelles) ou par l'ouïe (tonalité de la langue par ex.)
- <sup>3c</sup> Les *propriétés psychiques* comprennent la pensée et les sentiments.
- <sup>4</sup> La *classification* se fonde sur une survalorisation, une absolutisation ou une attribution des propriétés mentionnées. Le racisme apparaît donc comme un phénomène contingent, variant dans le temps et l'espace et en fonction des individus.

Questions en suspens: les aspects suivants en particulier n'ont pas trouvé de réponse définitive dans la pratique et la doctrine de la soft law internationale:

- Les critères applicables pour constater la présence d'un processus de racialisation. Il n'est en particulier pas clair de quelle manière des processus de stigmatisation et d'exclusion (ou la formation de groupes sur la base de caractéristiques personnelles) qui n'ont encore jamais été identifiés comme un processus de racialisation, ni du point de vue historique, ni politique, ni juridique, peuvent être racistes. Cette question se pose en particulier pour l'appréciation

sur la base de caractéristiques phénotypiques telles qu'un handicap physique ou psychique<sup>39</sup>, et cela en lien avec le phénomène de l'*ableism* (cf. chap. 2.B.1.) Une autre question controversée est celle de la relation entre le racisme et les préjugés ou les inégalités de traitement en raison de la nationalité étrangère ou du statut migratoire (cf. chap. 4.A.2.).

- Le fait de distinguer le racisme de la xénophobie, de la peur de l'Autre (cf le chapitre sur la xénophobie). On ne s'accorde pas dans les sciences sociales pour savoir s'il est vraiment judicieux, du point de vue analytique, de distinguer le racisme de la xénophobie. Tandis que les uns approuvent cette distinction et soulignent que la xénophobie s'oppose à tout ce qui est étranger, qui n'appartient pas à la nation, d'autres la critiquent, estimant qu'elle est trompeuse, car elle induit l'idée fallacieuse que l' «Autre», l' «étranger» se construit indépendamment des processus de , et donc indépendamment des attributions faites sur la base de la physiologie et de la culture.

## B. Autres «-ismes»: délimitations

### 1. Etat des lieux général

De par sa structure, la notion de racisme est comparable à d'autres «-ismes» qui se réfèrent eux aussi à des pratiques sociétales excluantes. Citons notamment la notion anglo-saxonne de *ableism*<sup>40</sup> (qui désigne les pratiques excluantes envers les personnes porteuses de handicap ou souffrant d'une maladie), l'âgisme<sup>41</sup> (qui se réfère à l'âge de la personne, en règle générale d'un âge avancé), l'adultisme<sup>42</sup> (contre les jeunes), l'antisémitisme<sup>43</sup> (qui s'applique aux Juifs),

<sup>39</sup> Sur l'état actuel du débat scientifique à ce sujet, voir *Plümecke Tino*, Rasse in der Ära der Genetik. Die Ordnung des Menschen in den Lebenswissenschaften, Frankfurt-sur-le-Main 2013.

<sup>40</sup> On entend ici par *ableism* des stéréotypes et des pratiques structurelles excluantes envers des personnes porteuses de handicap ou souffrant de maladies chroniques (voir aussi *Kumari Campbell Fiona A.*, *Contours of Ableism: The Production of Disability and Aabledness*).

<sup>41</sup> On entend ici par «âgisme» des stéréotypes et des pratiques structurelles excluantes envers des personnes en raison de leur âge (en général parce qu'on le trouve trop avancé) (voir aussi Lagace, *L'âgisme: comprendre et changer le regard social sur le vieillissement*).

<sup>42</sup> On entend ici par «adultisme» des stéréotypes et des pratiques structurelles excluantes envers les enfants et les jeunes (voir aussi Bell, *Understanding adulthood: «(...) behaviours and attitudes based on the assumptions that adults are better than young people, and entitled to act upon young people without agreement»*).

<sup>43</sup> Au sujet de cette notion, voir *Claussen*, *Vom Judenhass zum Antisemitismus: Materialien einer verleugneten Geschichte*.

l'antitsiganisme<sup>44</sup> (qui s'applique aux Roms, Sintés, Yéniches entre autres, qu'ils soient sédentaires ou non), le sexisme<sup>45</sup> (qui se réfère au sexe de la personne, et qui frappe d'habitude soit les femmes, soit les hommes), l'hétérosexisme<sup>46</sup> (qui se réfère à la norme qui veut que les relations et la sexualité aient lieu entre personnes de sexe opposé), le classisme<sup>47</sup> (qui se réfère au statut social). Si la notion de racisme est donc structurellement semblable aux autres «-ismes», les milieux scientifiques ne s'entendent en général pas moins sur la nécessité de la distinguer de ceux-ci, estimant qu'il existe en effet des différences essentielles dans la construction des groupes, les catégories d'attribution, les effets de ces attributions et des jugements de valeur sur les victimes, et la manière dont ces phénomènes se manifestent. Ce constat vaut par ailleurs aussi au sein des différents «-ismes»: les causes et les effets sur toutes sortes de groupes affichent à chaque fois des spécificités en fonction des catégories (caractéristiques physiologiques, culture, nation, sexe et classe sociale).

Tous les «-ismes» mentionnés ont par contre en commun le jugement de valeur, et l'inclusion ou l'exclusion qui l'accompagne. Le suffixe «isme» vient du grec ancien, de la terminaison du verbe «*izein*» (qui signifie agir d'une certaine manière); utilisé comme suffixe, il désigne une doctrine, une idéologie, un courant intellectuel, une pratique en lien avec des groupes déterminés. Il s'agit de tendances, d'orientations et d'états d'esprit qui marquent les relations sociales, les opinions, les doctrines, les écoles et les idées, mais aussi les structures (tels que les règles implicites et explicites ou encore les lignes directrices conscientes ou inconscientes de l'agir institutionnel et individuel). Ils sont à l'origine de la stigmatisation, de la marginalisation ou de tout autre type de traitement préjudiciable de groupes de personnes en raison de caractéristiques psychiques, physiques, sociales ou culturelles, effectives ou attribuées.

<sup>44</sup> On entend ici par antitsiganisme des stéréotypes et des pratiques structurelles excluantes envers les gens du voyage ou d'ordinaire envers des groupes dont on pense qu'ils vivent ou vivaient de manière nomade tels que les Roms, les Sintés, les Manouches et les Yéniches (voir aussi *Winckel*, Antiziganismus. Rassismus gegen Roma und Sinti im vereinigten Deutschland, 2<sup>e</sup> édition).

<sup>45</sup> On entend ici par sexisme des stéréotypes et des pratiques structurelles excluantes envers des personnes en raison de leur sexe, et touchant donc en particulier les femmes et les hommes (voir aussi *Code Lorraine*, What Can She Know?: Feminist Theory and the Construction of Knowledge).

<sup>46</sup> On entend ici par hétérosexisme des stéréotypes et des pratiques structurelles excluantes envers les personnes qui n'entrent pas dans les schémas ordinaires de l'identité sexuelle et de l'attrance hétérosexuelle (voir à ce sujet *Krass*, Queer Studies, p. 7 à 28).

<sup>47</sup> On entend ici par classisme des stéréotypes et des pratiques structurelles excluantes fondées sur le capital social et économique (tel que fortune, revenu, formation, santé et pouvoir politique en particulier) (voir aussi *Kadi Joanna*, Thinking Class, South End Press, 1996).

Sur demande du mandant, les notions d'antisémitisme et d'antitsiganisme font chacune l'objet ci-après d'une présentation détaillée.

## 2. Antisémitisme

Le droit international ne propose pas, pour autant que nous le sachions, de définition de la notion d'antisémitisme<sup>48</sup>. Il suffit de prendre connaissance d'une série de documents des Nations Unies et du Conseil de l'Europe pour constater (cf. ci-après) que la communauté internationale se repose en la matière sur la recherche contre l'antisémitisme. Selon cette dernière, l'antisémitisme est une représentation fondée sur des stéréotypes, qui définit les Juifs et les Juives comme des membres d'une soi-disant «race» sémite. On prête aux Juifs l'intention d'imposer le sémitisme, c'est-à-dire de vouloir réserver une place à part au «peuple juif». On divulgue une image du Juif égoïste et excluant, on le dote de capacités particulières (*einen Verstand, der ihn befähigt, Gebrauch von den Gelegenheiten zu machen, die andere schaffen*<sup>49</sup>).

Se fondant sur une définition de travail<sup>50</sup> établie par le Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme (BIDDH) et l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne en collaboration avec des organisations non gouvernementales juives et des chercheurs, l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes (EUMC) définit l'antisémitisme comme *une certaine perception des juifs, pouvant s'exprimer par de la haine à leur égard*. L'antisémitisme comprend l'idée que les Juifs et les Juives portent une responsabilité commune dans les actes réels ou fictifs que posent les individus ou les groupes juifs, ou même pour des actions réalisées par des personnes non juives. Selon l'EUMC, les Juifs *sont accusés de conspiration contre l'humanité. Ce type d'accusation est souvent utilisé pour rendre responsables les juifs de «tout ce qui va mal»*. L'un de ses paradigmes est le mythe du complot juif ou le contrôle par les Juifs des médias, de l'économie, des gouvernements et d'autres institutions.

<sup>48</sup> On ne trouve par exemple aucune définition de l'antisémitisme dans les rapports du rapporteur spécial des Nations Unies sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui lui est associée (cf. CDH, rapport du 28.1.2006, U.N. Doc E/CN.4/2006/16, par. 35); il en va de même de la Recommandation de politique générale no 9 sur la lutte contre l'antisémitisme de l'ECRI.

<sup>49</sup> Cf. Jewish Encyclopedia, article sur l'antisémitisme, à télécharger à l'adresse <http://www.jewishencyclopedia.com/articles/1603-anti-semitism> (consulté le 13.7.2014); *Nipperdey Thomas/Rürup Reinhard*: Artikel Antisemitismus, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhard Koselleck (éd.): *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Vol. 1. Klett Cotta, Stuttgart 1972, p. 130 à 132.

<sup>50</sup> A ce sujet, voir le Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme (BIDDH): *Addressing Anti-Semitism: Why and How ? A Guide for Educators*, p. 32, à télécharger à l'adresse <http://www.osce.org/de/odihr/29892?download=true> (consulté le 13.7.2014).

L'antisémitisme peut engendrer des discriminations, bien que cela ne soit pas nécessairement le cas. Il se manifeste à l'oral, à l'écrit, sous forme visuelle et dans des actes. Il utilise ce faisant des stéréotypes sinistres et des traits de caractère négatifs. Les manifestations rhétoriques et physiques d'antisémitisme visent les individus, juifs et non juifs ainsi que leurs possessions, les institutions des communautés juives et les lieux religieux<sup>51</sup>. Elles peuvent aussi avoir comme cible l'Etat d'Israël, considéré comme une communauté juive. Le fait de nier, de minimiser, de justifier ou d'approuver l'Holocauste constitue une forme particulièrement grave d'antisémitisme. Tandis que l'antijudaïsme, soit l'hostilité envers les personnes de religion juive, se fonde sur un motif religieux, l'antisémitisme est une sorte de racisme spécifique envers les Juifs et les Juives.

### 3. Antitsiganisme

Tout comme la notion d'antisémitisme, celle d'antitsiganisme n'a pas, pour autant que nous le sachions, été définie en droit international. Les nombreux exemples figurant dans des documents des Nations Unies et du Conseil de l'Europe<sup>52</sup> se réfèrent eux aussi à des acceptions fondées sur des définitions scientifiques connues. Ces dernières considèrent l'antitsiganisme comme le fait de rejeter et de discriminer, en se fondant sur des stéréotypes, les groupes de Roms, de Sintés, de Yéniches vivant dans l'espace germanophone, les *Woonwagenbewoners* des Pays-Bas et les Pavee irlandais, et de stigmatiser ces groupes en leur apposant l'étiquette de «tsigane». La stigmatisation repose sur l'attribution de caractéristiques tenant toutes de l'étranger sauvage: les «Tsiganes» seraient d'irréductibles nomades, fainéants, lâches, sournois, désordonnés, sales, bagarreurs, absolument pas fiables. On leur attribue également des caractéristiques à première vue positives telles que le goût de la liberté, le don de la musique, l'habileté manuelle et physique, des dons de voyance et de magie. Si l'on considère la chose d'un peu plus près toutefois, ces qualités participent elles aussi de l'image du «Tsigane», de l'Autre, qui n'appartient pas à la communauté et dont on n'attend aucune capacité d'intégration. L'antitsiganisme est par conséquent une forme particulière de racisme pseudo-biologique et culturel. On est ici en présence d'un modèle de racialisation fréquent, qui consiste à

<sup>51</sup> «La manifestation la plus spectaculaire et la plus symbolique des actes individuels d'antisémitisme porte sur les profanations, les dégradations de tombes et de lieux de culte.» (CDH, rapport du 28.1.2006, U.N. Doc E/CN.4/2006/16, par. 35).

<sup>52</sup> Voir notamment CDH, rapport du 10.4.2014, U.N. Doc. A/HRC/26/50, par. 16; CDH, rapport du 15.5.2012, par. 15 et 20; ECRI, Recommandation de politique générale no 13 sur la lutte contre l'anti-tsiganisme et les discriminations envers les Roms; voir aussi le rapport de l'EUMC de mai 2006, Roma and Travellers in Public Education. An overview of the situation in the EU member states, à télécharger à l'adresse: [http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/179-roma\\_report.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/179-roma_report.pdf) (consulté le 13.7.2014).



mépriser l'Autre tout en ressentant une forme d'attrance pour lui. On considère soit que ces groupes ont un héritage génétique problématique, soit que leur mode de vie est déterminé par leur culture<sup>53</sup>.

Cette représentation des «Tsiganes» a conduit par le passé à des formes de discrimination aussi graves que des déportations, des pogromes, des internements, des stérilisations forcées ou encore l'éloignement des enfants de leurs familles. Ces groupes stigmatisés sont aujourd'hui encore fortement discriminés puisque des inégalités de traitement subsistent notamment dans l'accès aux soins médicaux, à l'éducation, à la formation et au logement. Le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe s'inquiète d'une rhétorique contre les Roms qu'il estime tout à fait comparable à celle des nazis et des fascistes: *Once more, it is argued that the Roma are a threat to safety and public health. No distinction is made between a few criminals and the overwhelming majority of the Roma population*<sup>54</sup>. Par ailleurs, le nombre insuffisant de places de stationnement et de transit qui est mis à leur disposition, dans des pays comme la Suisse par exemple, constitue une problématique spécifique aux gens du voyage. Les préjugés se manifestent ici lors des tentatives de créer de nouvelles places, tentatives qui butent régulièrement contre l'opposition de la population<sup>55</sup>.

### C. Recoupement des «-ismes»: l'intersectionnalité

Si les différents «-ismes» sont des notions distinctes du point de vue analytique, ils se recoupent souvent dans les pratiques sociales. Le racisme ne se fonde la plupart du temps pas sur une seule et unique catégorie (la couleur de peau par exemple), mais se manifeste d'une manière spécifique en fonction de l'origine, de l'âge, du sexe, de la constitution physique ou mentale de la victime. La juriste étasunienne Kimberlé Crenshaw parle d'*intersectionality* (intersectionnalité) pour décrire ce phénomène: la discrimination ne se produirait pas si les différentes formes d'exclusion n'interagissaient pas; les caractéristiques discriminantes («-ismes») ne génèrent la discrimination qu'ensemble, mais pas chacune séparément (exemple: refus d'accorder la natio-

<sup>53</sup> Pour une analyse historique de la pratique de l'attribution, voir *Bogdal Klaus-Michael*: Europa erfindet die Zigeuner. Eine Geschichte von Faszination und Verachtung, Suhrkamp, Berlin 2011; voir aussi *Bartels Alexandra/von Borcke Tobias/End Markus/Friedrich Anna* (éd.): Antiziganistische Zustände 2. Kritische Positionen gegen gewaltvolle Verhältnisse, Munich 2013.

<sup>54</sup> Prises de position du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe.

<sup>55</sup> CERD, Observations finales concernant les septième à neuvième rapports périodiques de la Suisse, soumis en un seul document, U.N. Doc. CERD/C/CHE/CO/7-9, par. 15.

nalité à une femme voilée). Il est dans ces cas difficile, voire impossible, de déterminer quels «-ismes» concourent à la production du préjugé ou de la pratique intersectionnelle excluante, et à quel degré. Un acte raciste envers une femme peut par exemple se manifester de manière sexiste, ou, au contraire, une action à visée sexiste être couverte par un motif raciste<sup>56</sup> (voir chap. 3.D.1., discrimination multiple).

---

<sup>56</sup> Voir à ce sujet *Davis Angela, Femmes, race et classe*, Editions des Femmes, Paris, 1983.

### 3. Discrimination et notions apparentées

#### A. Discrimination

##### 1. Genèse et acceptions scientifiques

A l'origine, le mot discrimination, dérivé du latin *discrimen*, est neutre. *Discrimen* peut être traduit par différence, distinction, décision, séparation, démarcation, distance ou intervalle. Dans ce sens neutre, discriminer s'emploie par exemple pour un tamis qui sépare le gravier du sable. Toutefois, malgré cette neutralité originelle, le *discrimen* latin connaît déjà des sens dérivés connotés, par exemple quand il renvoie à des significations comme moment décisif, crise, épreuve, danger ou péril<sup>57</sup>.

Dans la *philosophie occidentale*, la discrimination est un élément de l'équité étroitement lié à la notion d'égalité<sup>58</sup>. Dans un courant de philosophie du droit, elle désigne le mépris de la personnalité d'autrui dans sa façon d'être individuelle. Dans d'autres courants, elle est abordée davantage du point de vue du groupe et définie comme transfert – projection – de caractéristiques de certains groupes sur l'espace d'action social; son interdiction est alors considérée comme l'attribution et la délimitation d'espaces sociaux d'action et d'organisation à des groupes particuliers d'individus<sup>59</sup>.

Les *définitions sociologiques* ont pour point commun d'aborder les inégalités sociales dans la perspective des interactions sociétales et des rapports de force. Elles entendent par discrimination une inégalité de traitement touchant des personnes qui présentent des caractéristiques socialement significatives («saillance» sociale). Ces caractéristiques renvoient à la tendance qu'ont les sociétés et les groupes à construire des caractères phénotypiques<sup>60</sup>, sociaux ou psychologiques pour imposer leurs intérêts, qu'ils soient légitimes ou non. La discrimination

<sup>57</sup> Cf. vue d'ensemble in Naguib Tarek/Pärli Kurt/Copur Eylem/Studer Melanie, Diskriminierungsrecht. Handbuch für Jurist\_innen, Berater\_innen und Diversity-Expert\_innen, Stämpfli Verlag, Berne 2014, p. 4 ss.

<sup>58</sup> Cf. entre autres Boshammer Susanne, Diskriminierung, in: Gosepath/Hinsch/Rössler (éd.), Handbuch der Politischen Philosophie und Sozialphilosophie, Berlin/New York 2008.

<sup>59</sup> Pour résumer, cf. Waldmann Bernhard, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz. Unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Stämpfli Verlag, Berne 2003, p. 197.

<sup>60</sup> Tels que couleur de peau, forme du nez, forme des yeux, taille, membres, etc.

est à la fois cause et conséquence des structures de pouvoir et de domination<sup>61</sup>. Le but qui y est associé est de désavantager les autres dans l'accès aux ressources sociales, culturelles, politiques et économiques.

Selon les définitions et les explications *sociopsychologiques*, la discrimination est un processus de défense, d'exclusion, de préjugé et de domination (collective) fondés sur des préjugés et des stéréotypes; ce processus à double sens – entre individu, société et groupes de celle-ci – est le fait d'individus porteurs de certaines caractéristiques et touche d'autres individus porteurs d'autres caractéristiques<sup>62</sup>. Un processus de stigmatisation est à la base de la discrimination ou l'accompagne: en raison d'une caractéristique, une personne paraît différente d'une manière socialement non désirable, qui constitue une atteinte à la norme sociale; ordinaire à l'origine, elle est abaissée et devient ainsi maculée, altérée<sup>63</sup>.

Les *sciences économiques* font la distinction entre la discrimination fondée sur les préférences (*taste discrimination*), qui tend à être inefficace (et donc problématique), et la discrimination statistique (*statistic discrimination*), plus efficiente (et donc moins problématique)<sup>64</sup>. La discrimination fondée sur les préférences repose principalement sur les goûts de la personne qui en est à l'origine, sur ses peurs, ses aversions, ses inimitiés et ses haines, mais les aversions inconscientes peuvent aussi prédominer dans une inégalité de traitement. La situation est différente pour la discrimination statistique, qui repose sur des calculs (ou des statistiques); l'élément support de la discrimination (âge par ex.) sert uniquement à représenter de manière de prime abord neutre le caractère principal véritablement problématique (capacité à travailler par ex.).

<sup>61</sup> Cf. *Rubin M./Hewstone M.*, Social identity, system justification, and social dominance: Commentary on Reicher, Jost et al., and Sidanius et al., *Political Psychology*, 25, p. 823–844.

<sup>62</sup> *Turner John C./Reynolds Katherine J.*, The Story of Social identity, in: Postmes/Branscombe (éd.), *Rediscovering Social identity*, London 2010; *Tajfel Henry/Turner John C.*, The Social Identity Theory of Intergroup Behaviour, in: Worchel/Williams (éd.), *Psychology of Intergroup Relations*, Chicago 1996, p. 7–24; *Nelson Todd D.*, The Psychology of Prejudice, Needham Heights, MA 2002, p. 3 et 11; sur la théorie de la dominance sociale: *Pratti/Sidanius/Stallworth/Malle*, 1994; *Sidanius/Pratto*, 1999; sur la prophétie autoréalisatrice: *Snyder/Swann*, 1978; *Word/Zanna/Cooper*, 1994; sur l'importance des stéréotypes: *Schmader/Johns/Forbes*, 2008; et sur les conséquences des stéréotypes sur le comportement: *Bargh/Chen/Burrows*, 1996.

<sup>63</sup> *Goffman Erving*, *Stigma: Notes on the Management of Spoiled Identity*, Prentice-Hall 1963, p. 11 ss.; cf. *Link/Phelan*, Conceptualizing stigma, p. 363 ss.; *Pescosolido/Martin/Lang/Olafsdottir*, p. 431 ss.; pour une vue d'ensemble, cf. *Pärlil Kurt/Naguib Tarek*, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit. Unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Rechts, des Unionsrechts, des AGG und des SGB IX sowie mit einem rechtsvergleichenden Seitenblick. Analyse und Empfehlungen. Expertise juridique établie à la demande de la Haute autorité fédérale de lutte contre les discriminations, Winterthur 2012, p. 35 ss.

<sup>64</sup> Pour un résumé, cf. *Britz Gabriele*, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung: Verfassungsrechtliche Grenzen statistischer Diskriminierung, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2008, p. 15 ss.

Dans le *langage courant*, la signification de la notion de discrimination varie en fonction du contexte social. De manière générale, le mot discrimination a une connotation négative dans la plupart des régions linguistiques – Suisse romande, Suisse germanophone (pour le dialecte comme pour l’allemand écrit), Suisse italienne et Suisse rhétoromanche<sup>65</sup>. Celui qui discrimine porte préjudice à l’autre, le traite injustement, le rabaisse; on parle également de traitement injuste ou inéquitable<sup>66</sup>. En règle générale, cela revient à désavantager des personnes qui ne sont pas jugées conformes à la norme, c’est-à-dire aux attentes habituelles de la société.

## 2. Situation juridique

Les interdictions de discrimination inscrites dans les traités internationaux pertinents<sup>67</sup> et à l’art. 8, al. 2, Cst., sont des interdictions d’inégalité de traitement soumises à des exigences qualifiées<sup>68</sup>. En effet, on peut poser que les principes de base sont de «traiter de la même manière ce qui est égal» et de «ne pas traiter de la même manière ce qui n’est pas égal». Tout écart touchant certaines caractéristiques appelées aussi motifs de discrimination serait alors qualifié de plus problématique que les autres en raison de sa pertinence sociale particulière<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Il n’existe pas à ce jour de recherche empirique complète sur ce thème.

<sup>66</sup> *Naguib et al.* (note 58), p. 4 ss.

<sup>67</sup> Cf. en particulier l’art. 2, al. 2, Pacte I de l’ONU; art. 2, al. 1, Pacte II de l’ONU; art. 14 CEDH; art. 1, 12<sup>e</sup> protocole additionnel à la CEDH.

<sup>68</sup> Sur l’art. 8, al. 2, Cst., cf. *Müller Jörg Paul/Schefer Markus*, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, Stämpfli Verlag, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2008, p. 689 ss. Sur le droit international public, cf. Comité DESC, Observation générale n° 20 du 2.7.2009, U.N. Doc. E/C.12/GC/20; CCPR, *Karakurt c. Austria*, 965/2002 (2002), par. 8.4; *Love et al. Australia*, 983/2001 (2003), par. 8.2 ss.; *Young c. Australia*, 941/2000 (2003), par. 10.4; *X. c. Colombie*, n° 1361/2005 (2007), par. 7.2; *Herbert Schmidl. c. Germany*, 1516/2006 (2007), par. 6.2; *Haraldson c. Iceland*, 1307/2004 (2007), par. 12.4; CEDH du 23.7.1968, cas linguistique belge, 1474/62; CEDH du 28.11.1984, *Rasmussen*, 8777/79; CEDH du 28.5.1985, *Abdulaziz u.a.*, 9214/80; CEDH du 13.11.2007, *DH. u.a. gegen Tschechische Republik*, 57325/00; CEDH du 22.12.2009, *Sejdic und Finci*, 27996/06; CEDH du 9.12.2010, *Savec Crkava*, 7798/08; sur les interdictions de discrimination en matière de droit de l’homme, cf. pour une vue d’ensemble *Grabenwarter Christoph*, Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch, 4<sup>e</sup> éd., Munich/Bâle/Vienne 2009, ch. 1 sur § 26; sur la soft law, cf. p. ex. Rapporteur spécial de l’ONU sur le racisme, rapport du 2.4.2013, U.N. Doc. A/HRC/23/56; rapport du 15.3.2006, U.N. Doc. A/HRC/4/19/Add.2 (Mission to Switzerland); ECRI, General Policy Recommendation n° 1 du 4.10.1996; OCDE, Copenhagen Document du 29.6.1990, p. 4; OCSE Personal Representative on Racism, Xenophobia and Discrimination, Report du 15.11.2012, p. 4.

<sup>69</sup> Les textes juridiques utilisent d’autres notions telles que critères interdits, données personnelles sensibles, caractéristiques de discrimination et catégories de discrimination (pour une analyse critique des notions allemandes, cf. *Baer Susanne/Melanie/Göttsche Anna Lena*, Mehrdimensionale Diskriminierung – Begriffe, Theorien und juristische Analyse, expertise demandée par la Haute autorité fédérale de lutte contre les discriminations, Berlin 2010, p. 10 ss.).

De manière générale ou dans un contexte sociétal particulier, il s'agit de caractéristiques d'identité ou de personnalité particulièrement sensibles: «race», sexe, origine, croyance, vision du monde, mode de vie itinérant, orientation sexuelle, âge, handicap, etc.<sup>70</sup>

En droit, une exception au principe d'égalité de traitement n'est admissible (ne constitue pas une discrimination) que si elle résiste à un examen fondé sur un critère de justification particulièrement puissant. Ce n'est pas la volonté de désavantager qui est déterminante, mais uniquement l'effet<sup>71</sup>. Toutefois, une telle exception n'est justifiée qu'en présence d'un motif objectif et après analyse de sa proportionnalité. Une inégalité de traitement ne doit pas entraîner d'abaissement ou d'exclusion, mais doit avoir un objectif légitime et donc être adaptée, nécessaire et tolérable compte tenu de l'objectif poursuivi<sup>72</sup>. A l'intérieur de cette justification qualifiée, la pratique et la doctrine prévoient une autre différenciation: elles soumettent les inégalités de traitement à des exigences particulièrement élevées pour certaines caractéristiques, en premier lieu la «race» et le sexe<sup>73</sup>. La justification dépend principalement de la saillance sociale de la caractéristique concernée, autrement dit de la gravité des conséquences qui y sont attachées. Concrètement: plus la stigmatisation et l'exclusion ont une dimension historique et se manifestent encore dans le présent, moins la personne concernée a la possibilité d'y échapper ou de les tolérer, et plus la discrimination, pour être justifiée, doit répondre à des exigences élevées<sup>74</sup>. La pratique et la doctrine rendent particulièrement difficile la justification d'une inégalité de traitement fondée sur certaines caractéristiques, notamment la «race» et le sexe.

<sup>70</sup> L'art. 2, al. 2, Pacte I de l'ONU et l'art. 2, al. 1, Pacte II de l'ONU garantissent que «les droits [politiques ou civils] qui y sont énoncés (dans le pacte) seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation».

<sup>71</sup> Pour l'ensemble, cf. *Müller/Schefer* (note 69), p. 689 ss.

<sup>72</sup> Cf. *Hausammann Christina*, Instrumente gegen Diskriminierung im schweizerischen Recht – Überblick, Sur mandat du Bureau fédéral de l'égalité pour les personnes handicapées, du Bureau fédéral de l'égalité pour femmes et hommes et du Service de lutte contre le racisme, Berne 2008, p. 5 (résumé en français).

<sup>73</sup> On compte parmi les caractéristiques particulièrement sensibles le sexe, l'orientation sexuelle, la naissance ou la paternité hors mariage, l'origine nationale et la «race» ou l'origine ethnique. Les caractéristiques moins sensibles sont la langue et l'opinion politique. Dans la jurisprudence, la caractéristique «religion» est diversement considérée (cf. *Peters Anne/Altwickler Tilman*, Europäische Menschenrechtskonvention, Beck Verlag, Munich 2012, § 33 ch. 8 ss.).

<sup>74</sup> Les plus importantes sont le sexe et la «race», auxquelles sont étroitement liés la couleur de peau, le pays de provenance, l'origine nationale et l'appartenance à une minorité nationale ou ethnique. Les caractéristiques religion et vision du monde / opinion politique sont par contre encore bien acceptées.

Les listes de motifs de discrimination énumérées dans les pactes de l'ONU<sup>75</sup>, dans la CEDH<sup>76</sup>, dans le 12<sup>e</sup> protocole additionnel à la CEDH<sup>77</sup> et à l'art. 8, al. 2, Cst. sont dynamiques, ce qui signifie que ce sont des listes ouvertes. C'est ce qui découle de l'ajout de «notamment» (art. 8, al. 2, Cst.) et de l'expression «toute autre situation» (pactes de l'ONU, CEDH)<sup>78</sup>. Un motif est classé ou non parmi les motifs de discrimination en fonction de la conception de la vision de la protection sur laquelle on se fonde. Dans la *conception asymétrique*, il y a discrimination quand une personne, uniquement en raison de son appartenance à un groupe qui, historiquement et dans la réalité sociale actuelle, a eu tendance à être exclu ou considéré comme inférieur, est victime d'une inégalité de traitement du point de vue du droit. Dans la *conception symétrique*, la discrimination peut être décrite comme *un acte qualifié d'inégalité de traitement entre des personnes placées dans des situations comparables, qui a pour but ou pour conséquence de désavantager un être humain et que l'on doit considérer comme un déniement parce qu'il se base sur une caractéristique de la personne qui représente un élément de son identité essentiel et impossible ou difficile à changer*<sup>79</sup>. Pour le Tribunal fédéral<sup>80</sup> et la pratique internationale ainsi que pour la majeure partie de la doctrine constitutionnelle et du droit international, la vision de la protection est pluraliste pour des raisons pragmatiques; on y trouve donc les deux conceptions<sup>81</sup>. Mais les critères selon lesquels les décisions sont prises ne sont pas clairement définis<sup>82</sup>.

<sup>75</sup> «La race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation» (art. 2, al. 2, Pacte I de l'ONU; art. 2, al. 1, Pacte II de l'ONU).

<sup>76</sup> «Le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation» (art. 14 CEDH).

<sup>77</sup> «Le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation» (art. 1, al. 1, 12<sup>e</sup> protocole additionnel à la CEDH).

<sup>78</sup> Récemment, la jurisprudence des organes de surveillance a ajouté comme motifs de discrimination interdits le handicap, l'état de santé (notamment le VIH/sida), l'âge et l'orientation sexuelle (cf. CCPR, *Schmitz de Jong c. Netherlands*, 8555/1999 du 16 juillet 2001; Comité DESC, Observation générale n° 18 du 6.2.2006, U.N. Doc. E/C.12/GC/18, par. 12b; Observation générale n° 14 du 11.8.2000, U.N. Doc. E/C.12/2000/4, par. 18).

<sup>79</sup> Hausammann Christina, *Instrumente gegen Diskriminierung im schweizerischen Recht – ein Überblick*, p. 4. Les deux conceptions traitent, à notre avis, de la discrimination pluridimensionnelle – c'est-à-dire une discrimination fondée sur une interaction entre plusieurs motifs de discrimination (cf. explication de la discrimination multiple, chap. 3.D.1. s.). Ce qui n'est pas analysé, c'est dans quelle mesure elles traitent aussi de la discrimination par association, c'est-à-dire de la discrimination fondée sur une caractéristique qui se trouve non pas chez la personne désavantagée, mais chez une autre personne (cf. explications sur la discrimination par association, chap. 3.B.1.).

<sup>80</sup> Entre autres ATF 135 I 49, consid. 4.1; 134 I 49; consid. 3.1; 134 I 56, consid. 5.1.

<sup>81</sup> Pour un aperçu sur l'état de la discussion, cf. *Dengg Alexandra*, *Symmetrisches oder asymmetrisches Diskriminierungsverständnis: Gefahr der Stereotypisierung benachteiligter Gruppen*, in: Jusletter 17 mai 2010.

<sup>82</sup> Cf. notamment l'arrêt 9C\_540/2011 du 15.3.2012, consid. 5.4.

Une discrimination peut être directe ou indirecte. Il y a discrimination directe quand l'inégalité de traitement se fonde expressément sur une caractéristique discriminatoire<sup>83</sup> ou quand un traitement en soi égal a des incidences spécifiques uniquement sur les porteurs d'une caractéristique sensible<sup>84</sup>. Il y a discrimination indirecte, d'après la pratique internationale et le Tribunal fédéral, quand une règle qui ne repose pas sur un critère interdit – c'est-à-dire qui semble a priori formulée de façon neutre – désavantage d'une manière particulièrement marquée les personnes appartenant à un groupe protégé contre la discrimination, sans que cela soit objectivement fondé<sup>85</sup>. Pour constater s'il y a un désavantage particulièrement marqué, il faut prendre en compte des critères aussi bien qualitatifs (notamment l'intensité de l'atteinte) que quantitatifs (en particulier le nombre de personnes concernées).

Les discriminations peuvent se manifester par différentes voies: expression (paroles, écrits, images, gestes, etc.), atteintes à la personne (agression physique, privation de liberté, harcèlement)<sup>86</sup>, atteintes à la propriété<sup>87</sup>. En font partie le harcèlement, l'inégalité de traitement dans l'amorce d'un acte juridique (refus de prestation par ex.), les modalités d'un tel acte (contenu d'un contrat), pendant un rapport de droit, lors de la cessation de celui-ci (licenciement) ou après sa cessation (non-respect de la protection des données)<sup>88</sup>. On compte aussi parmi les discriminations l'appel à de tels actes<sup>89</sup>, le fait de déclarer publiquement agir de manière discriminatoire (aussi bien la simple expression qu'une forme mixte comprenant à la fois l'expression et l'acte juridique considéré comme discriminatoire)<sup>90</sup>, et, pour finir, l'omission d'un devoir de protection<sup>91</sup>.

<sup>83</sup> CEDH du 23.7.1968, cas linguistique belge, 1474/62 = EuGRZ 2 (1975), 298; CEDH c. 13.6.1979, *Marckx c. Belgium*, 6833/74 = EuGRZ 6 (1979), 454; cf. aussi *Peters/Altwickler* (note 67), § 33 ch. 12.

<sup>84</sup> Comité DESC, Observation générale n° 20 du 2.7.2009, U.N. Doc. E/C.12/GC/20, par. 10a; CEDH du 6.4.2000, *Thlimmenos c. Greece*, 34369/97 = ÖJZ 56 (2001), 518.

<sup>85</sup> CEDH du 13.11.2007, *D.H. u.a. c. Tschechische Republik*, 57325/00.

<sup>86</sup> Cf. notamment CEDH du 9.6.2009, *Opuz c. Turkey*, 334101/02; CEDH du 3.5.2007, 97 *Members of the Gladny Congregation of Jehova's Witnesses u.a. c. Georgien*, 71156/01.

<sup>87</sup> Cf. entre autres CEDH du 20.12.2012, *Fedorchenko and Lozenko c. Ukraine*, n° 387/03.

<sup>88</sup> Cf. entre autres CEDH du 29.4.2008, *Burden u. Burden c. UK*, 13378/05; CEDH du 13.11.2007, *D.H. u.a. gegen Tschechische Republik*, 57325/00; CEDH du 22.12.2009, *Sejdic und Finci* gegen Bosnien-Herzegowina, 2799/06; CEDH du 9.12.2010, *Savez Crkava gegen Bosnien-Herzegowina*, 7798/08, ch. 103.

<sup>89</sup> Comme exemple tiré de la pratique, cf. notamment Comité DESC, Observation générale n° 20 du 2.7.2009, U.N. Doc. E/C.12/GC/20, par. 7.

<sup>90</sup> Sur la pratique de la CEJ, arrêt du 10.7.2008, Rs. C-54/07 (*Feryn*); arrêt du 25.4.2013, Rs. C-81/12 (*Asociația Accept*).

<sup>91</sup> CEDH du 9.6.2009, *Opuz c. Turkey*, 334101/02; CEDH du 3.5.2007, 97 *Members of the Gladny Congregation of Jehova's Witnesses u.a. c. Georgien*, 71156/01; CEDH du 6.7.2005, *Nachova c. Bulgarien*, 43577/98, ch. 160 ss. = EuGRZ 32 (2005), 693; pour l'ensemble, cf. en outre *Naguib et al.* (note 51).



Les documents de référence en matière de droits humains font aussi la distinction entre discrimination formelle, ou juridique (*de jure*) et discrimination matérielle, ou factuelle (*de facto*). La discrimination formelle recouvre les discriminations immanentes aux textes de loi, soit la discrimination qui découle d'actes législatifs et de textes réglementaires<sup>92</sup>. La discrimination matérielle comprend toutes les discriminations autres que celles figurant dans la loi, qui font partie de la réalité sociétale, qu'elles soient autorisées ou non à un moment donné<sup>93</sup>. On utilise aussi l'expression «discrimination systémique»: celle-ci renvoie aux discriminations à l'encontre de certains groupes spécifiques qui imprègnent l'organisation sociale tout entière et y sont profondément enracinées<sup>94</sup>, qui restent souvent impunies et ont l'effet d'une discrimination indirecte.

### 3. Pratique des autorités suisses

La pratique des acteurs politiques suisses s'appuie dans une large mesure sur le concept de discrimination défini dans les traités internationaux et dans la Constitution<sup>95</sup>. Elle concerne implicitement aussi bien la discrimination directe que la discrimination indirecte<sup>96</sup>.

### 4. Résumé

Notion: fr. discrimination; all. Diskriminierung; it. discriminazione; angl. discrimination.

Bases légales: la notion de discrimination est un concept juridique bien établi, qui figure expressément dans les traités internationaux et les textes constitutionnels pertinents. La pratique et la doctrine ont permis de définir ses principaux éléments.

Signification: dans les traités internationaux et les textes constitutionnels, le terme «discrimination» désigne un <sup>1a</sup>acte ou l'<sup>1b</sup>omission d'un devoir de protection, qui <sup>2a</sup>pour conséquence qu'une personne ou un groupe subit, du fait d'une <sup>3a</sup>caractéristique figurant expressément dans les dispositions légales pertinentes ou d'<sup>3b</sup>autres caractéristiques sociales saillantes, un <sup>4</sup>préjudice qui n'est <sup>5</sup>justifié par aucun motif qualifié.

<sup>92</sup> Cf. entre autres Comité DESC, Observation générale n° 20 du 2.7.2009, U.N. Doc. E/C.12/GC/20, par. 8a.

<sup>93</sup> Cf. entre autres Comité DESC, Observation générale n° 20 du 2.7.2009, U.N. Doc. E/C.12/GC/20, par. 8b.

<sup>94</sup> Comité DESC, Observation générale du 2.7.2009, U.N. Doc. E/C.12/GC/20, par. 12.

<sup>95</sup> Une revue des documents officiels de référence montre qu'ils renvoient le plus souvent à l'art. 8, al. 2, Cst. et à la formule correspondante du Tribunal fédéral. Sont également cités l'art. 14 CEDH ainsi que les art. 2, al. 2, Pacte I de l'ONU et l'art. 2, al. 1, Pacte II de l'ONU. Cf. notamment <http://www.ekr.admin.ch/themen/f169.html> (consulté le 26/1/2014) et <http://www.edi.admin.ch/frb/00505/00507/index.html?lang=fr> (consulté le 26/1/2014).

<sup>96</sup> L'absence d'interdiction formelle de la discrimination indirecte est toutefois critiquée par les organes internationaux des droits de l'homme comme la CIERD.

- <sup>1a</sup> Sont considérés en particulier comme *actes*: les paroles, les écrits, les images, les signes, les gestes, les mimiques, les agressions physiques, la possession et la propriété, l'inégalité de traitement dans le cadre d'activités juridiques et l'incitation à de telles activités, l'incitation à omettre un devoir de protection et la déclaration publique d'un tel acte.
- <sup>1b</sup> Nous définissons ici l'*omission d'un devoir de protection* comme le fait de ne pas honorer – et ainsi d'enfreindre la loi – les obligations découlant d'une position de garant conférée par la loi ou par un contrat.
- <sup>2</sup> Il n'est pas nécessaire qu'il y ait dol ou dol éventuel ou une intention de discriminer ou de traiter inégalement; il suffit que le préjudice *résulte* des actes mentionnés.
- <sup>3a</sup> Font partie des *motifs de discrimination explicites* les caractéristiques citées expressément dans les dispositions pertinentes des conventions internationales et des textes constitutionnels (par ex. à l'art. 14 CEDH) notamment: le sexe, la race, la couleur de peau, la langue, la religion, l'opinion politique ou autre, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, le mode de vie et la naissance.
- <sup>3b</sup> Font partie des *autres caractéristiques sociales saillantes* en particulier celles sur la base desquelles les groupes concernés ou les porteurs des caractéristiques de ces groupes sont victimes d'une discrimination et/ou d'une exclusion prolongée, notamment (à l'art. 14 CEDH): l'âge, le handicap, les maladies chroniques stigmatisées (VIH/sida p. ex.) et l'orientation sexuelle.
- <sup>4</sup> Un *préjudice* peut être de nature juridique ou factuelle. Il y a préjudice en droit lorsqu'un droit est nié ou lésé et il y a préjudice de fait lorsque la personne lésée subit un dommage matériel ou immatériel (tel qu'un tort moral ou une stigmatisation), une perte de gain ou un refus de prestation qui ne constituent pas simultanément une infraction à la loi.
- <sup>5</sup> La *justification* n'est pas *qualifiée* quand il n'y a pas de motif objectif ou, quand il y en a un, si l'inégalité de traitement paraît non appropriée, non nécessaire ou non exigible (relation entre but et moyen) pour poursuivre le motif objectif en lui-même.

Questions en suspens: en pratique comme dans la doctrine, certains points ne sont pas encore parfaitement clairs ou incontestés dans certains domaines. Citons en particulier:

- Les critères permettant de définir certains motifs de discrimination (en particulier «race», position sociale et handicap)
- Les critères permettant de définir de «nouveaux» motifs de discrimination (ne figurant pas explicitement dans l'énumération), tels que titre de séjour ou situation au regard du droit de la migration. La question qui se pose particulièrement est de savoir si l'on adopte ici une

conception symétrique ou asymétrique de la protection et quels sont les critères qualitatifs et quantitatifs à prendre en compte.

- Les critères permettant de définir un préjudice, en particulier pour ceux de nature immatérielle (tort moral ou discours visant à l'exclusion);
- Les critères permettant de préciser une échelle de gradation pour la justification d'un préjudice. En particulier, les différences d'exigences en matière de justification entre certains motifs de discrimination (entre sexe et âge par ex.) ne sont pas assez détaillées.
- La question de savoir si – et éventuellement à quelles conditions – les interdictions de discriminations unicatégorielles en vigueur prennent en compte la discrimination pluridimensionnelle et, le cas échéant, quelles sont les différences entre les listes exhaustives et les listes ouvertes de discriminations interdites.
- La question de savoir si – et éventuellement à quelles conditions – les interdictions de discrimination en vigueur prennent en compte la discrimination par association (pour cette notion, cf. chap. 3.B.1.).

## B. Discrimination par association

### 1. Genèse et acceptions scientifiques

La notion de «discrimination par association» provient des *débats juridiques* qui ont eu lieu dans le droit anglo-saxon durant les années 1970 (cf. ci-dessous chap. 3.B.2.). Même si cette notion est de plus en plus discutée en pratique et dans la littérature, surtout en lien avec le droit européen, elle n'a pas encore été étudiée par les *sciences humaines*. Elle n'est par ailleurs pas présente dans le *langage courant* de l'espace linguistique suisse.

### 2. Situation juridique

Selon nos connaissances, la notion de discrimination par association apparaît pour la première fois dans le *Race Relation Act* britannique de 1976 (*discrimination by association*), puis a été développée dans les années 1970 à partir de la jurisprudence relative à la *Common Law*<sup>97</sup>. On

<sup>97</sup> *Zarczynska c. Levy*, ICR 184; *Showboat Entertainment Centre Ltd. c. Owens*, UKEat 29\_83\_2810 (1983); *Wethersfield Ltd. c. Sargent*, ICR 425. Dans ces cas, les plaignantes (des Blanches) n'avaient pas obéi aux ordres de leur employeur – refuser de servir les personnes de couleur – et avaient été licenciées pour ce motif. Les plaintes dirigées contre le licenciement ont été reçues pour des raisons de discrimination: dans ses considérants, le tribunal fait valoir que si le motif du licenciement est la couleur de peau d'une autre personne, le licenciement repose lui aussi sur des motifs racistes (*racial grounds*).

entend par discrimination par association l'inégalité de traitement, non justifiée objectivement, à l'encontre d'une personne au motif qu'elle est liée à une autre personne (personne associée) porteuse d'une caractéristique discriminatoire<sup>98</sup>. A l'heure actuelle, ni la nécessité d'un lien spécifique entre la personne désavantagée et la personne porteuse de la caractéristique ni les critères sur lesquels s'appuyer pour qualifier ce lien ne sont clairement définis. Dans les arrêts britanniques *Zarczynska c. Levy, Showboat Entertainment Centre Ltd. c. Owens et Wethersfield Ltd. c. Sargent*, il a suffi aux juges, pour affirmer qu'il y avait discrimination par association, que les plaignantes aient été licenciées parce qu'elles s'étaient opposées à une discrimination, fondée sur la couleur de peau ou l'origine des clients. La Cour de justice européenne, dans l'arrêt *Coleman c. Attridge Law*, pose des exigences plus élevées: en 2008, elle a qualifié de discrimination directe, par association, le licenciement d'une femme au motif qu'il existait entre elle et son enfant handicapé l'obligation de fournir à celui-ci les soins qui lui étaient nécessaires<sup>99</sup>.

Dans la *pratique suisse* également, des cas de discrimination par association ont été jugés, mais les tribunaux n'ont pas abordé la problématique sur le plan théorique<sup>100</sup>. Dans l'ATF 134 I 56, les juges ont considéré comme non recevable une décision de naturalisation négative, estimant que le fait que l'épouse du requérant porte un symbole religieux – le foulard – ne devait pas désavantager l'époux désireux de se faire naturaliser<sup>101</sup>. Le Tribunal fédéral, dans un arrêt de 2010, n'a par contre pas vu de discrimination dans le fait de rejeter une demande de naturalisation en raison entre autres de la pauvreté des parents du requérant. Dans un autre arrêt, il a rejeté une plainte pour discrimination, estimant qu'il importait peu que le père de la plaignante soit invalide et dépendant de l'aide sociale apparemment parce qu'il n'avait pas droit à l'AI<sup>102</sup>.

Outre la nécessité, pour envisager une discrimination par association, d'une relation entre la personne victime de l'inégalité de traitement et la personne porteuse de la caractéristique discriminatoire, il reste à clarifier certains autres points de doctrine:

---

<sup>98</sup> De Schutter Olivier, The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law. Relevance for EU Racial and Employment Directives, préparé pour la Commission européenne, Bruxelles 2005, p. 13, 19; Gerards Janneke, The Grounds of Discrimination, in: Schiek Dagmar/Waddington Lisa/Bell Mark, Cases Materials and Text on European Non-Discrimination Law, Hart Publishing, Oxford/Portland 2007, 33–184, p. 169.

<sup>99</sup> CEJ, *Coleman c. Attridge Law*, affaire C-303/06.

<sup>100</sup> Cf. *Naguib et al.* (note 58), chapitre Migration.

<sup>101</sup> ATF 134 I 56, consid. 5.2; cf. aussi FamPra.ch 2008, p. 353 ss. La décision peut aussi se lire comme une discrimination du requérant en raison de son appartenance religieuse.

<sup>102</sup> ATF du 19.1.2010, 1D\_8/2009, en particulier consid. 4.3.

- les exigences en matière de justification qualifiée;
- la possibilité de considérer la discrimination indirecte comme de la discrimination par association;
- la mesure dans laquelle une caractéristique discriminatoire réelle doit être la cause de l'inégalité de traitement. Sur ce point, il faudrait avant tout examiner dans quelle mesure un préjudice subi en raison d'un lien avec une personne porteuse d'une caractéristique discriminatoire peut constituer une discrimination au regard des droits humains et de la protection des personnes. En effet, d'une part l'inégalité de traitement qui, à première vue, constitue une discrimination de la personne directement concernée, peut, après examen, s'avérer être aussi une discrimination de la personne indirectement concernée, porteuse de la caractéristique<sup>103</sup>. Ainsi, le licenciement d'un proche soignant peut entraîner pour lui des difficultés financières qui, pour finir, auront aussi des répercussions négatives sur les soins qu'il apporte à la personne porteuse de la caractéristique discriminatoire. D'autre part, une analyse approfondie est nécessaire pour déterminer si une discrimination qui a priori semble être une discrimination par association relève réellement de ce mécanisme ou si elle ne repose pas sur des préjugés à l'encontre de la personne désavantagée, qui lui sont attribués en raison de son lien avec la personne porteuse. Par exemple, le rejet de la demande de naturalisation en raison du voile de l'épouse peut s'expliquer en fait par des préjugés racistes et sexistes envers l'époux.

### 3. Pratique des autorités suisses

La notion de discrimination par association n'est employée ni par la CFR ni par le SLR.

### 4. Résumé

Notion: fr. discrimination par association; all. Assoziationsdiskriminierung; it. discriminazione associata; angl. discrimination by association.

Bases légales: la notion de «discrimination par association» ne s'est pas encore imposée en droit international. On ne la trouve pas non plus expressément dans les conventions et les textes constitutionnels pertinents. Dans le droit de l'Union européenne, elle apparaît de temps à autre dans la pratique et la doctrine depuis l'arrêt Coleman de la CEJ. Le concept est tiré de la jurisprudence anglo-saxonne, en particulier de la jurisprudence britannique des années 1970 à 1990.

---

<sup>103</sup> Cf. ATF 134 I 56, consid. 5.2.

Signification: nous référant à la jurisprudence de la CEJ (Coleman) et à la pratique des tribunaux britanniques et américains, nous entendons par «discrimination par association» un <sup>1a</sup>acte ou l'<sup>1b</sup>omission d'un devoir de protection, qui <sup>2a</sup> pour conséquence qu'une personne subit, <sup>6</sup>d'une manière objectivement non justifiée, un <sup>3</sup>préjudice du fait qu'elle <sup>4</sup>est liée à une personne <sup>5</sup>porteuse d'une caractéristique discriminatoire.

- <sup>1a</sup> Sont considérés en particulier comme actes: les paroles, les écrits, les images, les signes, les gestes, les mimiques, les agressions physiques, les possessions et la propriété, l'inégalité de traitement dans le cadre d'activités juridiques et l'incitation à de telles activités ou à l'omission d'un devoir de protection.
- <sup>1b</sup> Nous définissons ici l'*omission d'un devoir de protection* comme le fait de ne pas honorer – et ainsi d'enfreindre la loi – les obligations découlant d'une position de garant conférée par la loi ou par un contrat.
- <sup>2</sup> Il n'est pas nécessaire qu'il y ait dol ou dol éventuel ou une intention de discriminer ou de traiter inégalement; il suffit que le préjudice *résulte* des actes mentionnés.
- <sup>4</sup> Un *préjudice* peut être de nature juridique ou factuelle. Il y a préjudice en droit lorsqu'un droit est nié ou lésé et il y a préjudice en fait lorsque la personne lésée subit un dommage matériel ou immatériel (tel qu'un tort moral ou une stigmatisation), une perte de gain ou un refus de prestation, qui ne constituent pas simultanément une infraction à la loi.
- <sup>4</sup> Une personne est *liée à une autre personne* quand elle a envers elle une obligation de surveillance, qu'elle est dans une position de garant conférée par la loi ou par un contrat, ou qu'elle est liée à elle de toute autre manière (collègue de travail p. ex.).
- <sup>5</sup> Font partie des *motifs de discrimination* explicites notamment les caractéristiques mentionnées expressément dans les dispositions pertinentes<sup>104</sup> (cf. chap. 3.A.2., en particulier note 74).
- <sup>6</sup> Il y a un *motif objectif* à l'inégalité de traitement quand ce motif paraît raisonnable en soi et supérieur aux intérêts de la personne désavantagée.

Questions en suspens: en pratique comme dans la doctrine, certains points ne sont pas encore clairs:

- les critères permettant de définir un préjudice, en particulier pour ceux de nature immatérielle et pour les attributions positives;

<sup>104</sup> Par ex. art. 2, al. 2, Pacte I de l'ONU, art. 2, al. 1, Pacte II de l'ONU, art. 14 CEDH, art. 8, al. 2, Cst.

- les critères permettant de déterminer si une personne est liée à une autre personne quand il ne s’agit pas d’une position de garant conférée par la loi ou par un contrat (rapport de travail, d’amitié, de loisirs ou administratif);
- les critères permettant de préciser une échelle de gradation pour la justification d’une inégalité de traitement et pour l’existence d’un motif objectif.

## C. Discrimination raciale

### 1. Genèse et acceptions scientifiques

La notion de «discrimination raciale» est issue des débats juridiques: elle est mentionnée pour la première fois lors de l’élaboration de la charte de l’ONU de 1945<sup>105</sup>, puis abordée lors de la rédaction de la Déclaration universelle des droits de l’homme de 1948, non contraignante<sup>106</sup>. C’est la Convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de racisme (Convention CERD, ou CIERD), adoptée en 1965 dans le cadre des négociations, qui a rendu contraignante son interdiction, et cela dans la traduction allemande non officielle de l’art. 1, al. 1, CIERD (cf. chap. 3.C.2.)<sup>107</sup>.

Dans l’espace germanophone, en l’état de nos connaissances, la sociologie, la philosophie et l’histoire emploient rarement le terme de *Rassendiskriminierung*, mais plus fréquemment, outre celui de *Rassismus*, celui de *rassistische Diskriminierung*<sup>108 109</sup>. Dans l’espace francophone, on rencontre aussi l’expression «discrimination des races», mais plus rarement quand il s’agit de l’être humain. Les débats juridiques avancent encore souvent l’idée qu’il faut utiliser le concept de «race» afin de pouvoir nommer la discrimination, tandis que les sciences sociales estiment que cet usage fait courir le risque de renforcer les préjugés (essentialisation) et recom-

<sup>105</sup> Charte des Nations Unies du 26.6.1945 (RS 0.120), avec renvoi aux art. 1, al. 3; 13, al. 1(a); 55(b); 76(c).

<sup>106</sup> Déclaration universelle des droits de l’homme, AG, rés. 217A (III) du 10.12.1948, U.N. Doc. A/810 at 71, avec renvoi à l’art. 2, al. 1.

<sup>107</sup> Convention internationale du 21.12.1965 sur l’élimination de toutes les formes de racisme (RS 0.104).

<sup>108</sup> Cf. entre autres *Klein Eckart* (éd.), *Rassistische Diskriminierung – Erscheinungsformen und Bekämpfungsmöglichkeiten*, Berlin 2002; *Addy David Nii*, *Rassistische Diskriminierung. Internationale Verpflichtungen und nationale Herausforderungen für die Menschenrechtsarbeit in Deutschland*, édité par le Deutsches Institut für Menschenrechte, 3<sup>e</sup> édition actualisée, Berlin 2005.

<sup>109</sup> Cf. entre autres *David Nii Addy*, *Rassistische Diskriminierung. Internationale Verpflichtungen und nationale Herausforderungen für die Menschenrechtsarbeit in Deutschland*, édité par le Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin 2005, consultable à l’adresse [http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx\\_commerce/studie\\_rassistische\\_diskriminierung.pdf](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/studie_rassistische_diskriminierung.pdf) (consulté le 2.11.2013).

mandent de ne pas mettre en évidence les groupes, mais le processus de «*racialisation*»<sup>110</sup>. Au sein de la doctrine juridique européenne aussi, on rejette de plus en plus l'usage du concept de «*race*», estimant que cette notion n'est pas indispensable pour rendre efficace l'interdiction de discriminer. On préfère renvoyer, plutôt qu'à l'idée de «*race*», au processus de *racialisation* lui-même, qui considère cette interdiction comme une interdiction de stigmatiser. Cette position ne répond toutefois pas à la question de savoir sur quoi fonder des mesures positives (en accordant des privilèges surtout)<sup>111</sup>. La lutte contre la discrimination structurelle, et réelle, est en effet l'une des principales raisons pour lesquelles, aux Etats-Unis, les formulaires de recensement contiennent une question concernant la «*race*». Les juristes libéraux comme les juristes de gauche et le discours scientifique renvoient fréquemment à l'histoire de la discrimination systématique des Afro-américains pour justifier l'usage de la notion de «*race*»<sup>112</sup>: ils estiment qu'il faut nommer ces groupes, car le racisme qui les touche imprègne toute leur existence sur de nombreuses générations<sup>113</sup>. Les représentants de l'école critique (*critical legal studies*), en particulier, estiment que c'est le seul moyen de rendre efficace une politique de discrimination positive<sup>114</sup>.

En *langage courant*, l'expression «discrimination des races» est plus rare que celle de «discrimination raciale» (cf. chap. 2.A.1.).

## 2. Situation juridique

Les traités internationaux et les textes constitutionnels ne disent pas ce qu'il faut entendre par «discrimination raciale». Malgré la définition fournie par la Convention CERD, la question se pose en particulier de savoir quels groupes sont protégés, comment la *racialisation* est qualifiée et si l'interdiction de discrimination raciale relève d'une conception symétrique ou asymétrique (cf. chap. 3.A.2.). Selon l'art. 1 CIERD, «l'expression 'discrimination raciale' vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de

<sup>110</sup> Sur ce débat, cf. entre autres *Liebscher Doris/Naguib Tarek/Plümecke Tino/Remus Juana*, *Kritische Justiz* 2/2012, 204–218, en particulier p. 207 à 209, 214 s.

<sup>111</sup> Pour l'ensemble, cf. *Liebscher et al.* (note 110), en particulier p. 208 s., 212 ss.

<sup>112</sup> Sur la complexité du débat, en particulier pour la différence entre «*race*» et ethnies, cf. *Haney-López Ian F.*, *White By Law: The Legal Construction of Race*, édition du 10e anniversaire, New York Univ. Press. 2006.

<sup>113</sup> *Barskanmaz Cengiz*, *Rasse – Unwort des Antidiskriminierungsrechts*, *Kritische Justiz* 4/2011, 382–389.

<sup>114</sup> *Kimberlé W. Crenshaw*, *Framing Affirmative Action*, 105 *Michigan Law Review First Impressions* 123 (2007); id., *Twenty Years of Critical Race Theory: Looking Back to Move Forward*, 43 *Connecticut Law Review*, 1253–1352 (2011).



compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique». En pratique, le comité a passé en revue de nombreux groupes ethniques et nationaux<sup>115</sup> susceptibles d'être assimilés à des «races». Mais il n'a pas encore réussi à se mettre d'accord sur la mesure dans laquelle la convention concerne aussi la discrimination fondée sur la religion. Il a seulement établi que les formes de discrimination religieuse pluridimensionnelle en rapport avec les caractéristiques énumérées à l'art. 1 CIERD (race, couleur de la peau, ascendance, origine nationale et ethnique) peuvent être subsumées sous le concept de discrimination raciale<sup>116</sup>.

Si la catégorie «couleur de peau» est relativement facile à concevoir, celles de l'ascendance et de l'origine nationale et ethnique posent déjà problème. En effet, la notion de discrimination raciale n'a pas été conçue pour définir des groupes de «races», mais bien plus pour appréhender le racisme comme un processus qui défavorise des individus (ou des groupes): un groupe leur attribue une origine étrangère tout en s'attribuant à lui-même une «formation d'identité» à partir d'une certaine ascendance, origine nationale ou ethnique (cf. chap. 2.A.4.). Autrement dit, les points de départ du racisme ne sont pas seulement les catégories de groupes explicitement nommés; d'autres caractéristiques génotypiques ou phénotypiques (gènes, chevelure, forme des yeux, taille, corpulence, etc.), culturelles (telles que langue et coutumes) ou religieuses et socioculturelles (castes p. ex.) peuvent servir de base à la discrimination raciale. Il est possible aussi que des catégories qui de prime abord ne sont pas typiquement génétiques, phénotypiques ou culturelles servent de critères de discrimination: c'est le cas notamment des différents statuts au regard du droit de la migration<sup>117</sup>, qui à première vue ne constituent pas des caractères raciaux (cf. chap. 2.A.4.). Ces catégories peuvent aussi servir de caractéristiques de prime abord neutres, et en fait se rattacher aux catégories citées à l'art. 1 CIERD; en effet, on peut fonder des sous-groupes spécifiques en se fondant non seulement sur le statut juri-

<sup>115</sup> Citons notamment les gens du voyage en Grande-Bretagne et en Suisse, les Roms en Bulgarie, en Allemagne et en Tchèque, les Tibétains en Chine, les dalits en Inde, les Mapuches au Chili, les Chiapas au Mexique, les Noirs au Costa Rica, les autochtones en Australie, les Serbes, les Croates et les musulmans albanais en ex-Yougoslavie, les immigrants en France et en Italie, les Hongrois en Roumanie, les Turcs en Bulgarie et les Hutus et les Tutsis au Rwanda et au Burundi (cf. pour une vue d'ensemble *Van Boven Theo*, *The Concept of Discrimination in the International Convention*, in: Kälin Walter, *Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung – Verfassungs- und menschenrechtliche Aspekte*, ZSR Beiheft 29, p. 11).

<sup>116</sup> Cf. CERD, Observation générale n° 32 du 24.9.2009, U.N. Doc. CERD/C/GC/32, par. 7; ou CERD, Comm. Oslo et al. c. Norway du 15.8.2005, U.N. Doc. CERD/A/60/18/2005, par. 246.

<sup>117</sup> Il s'agit ici des catégories du droit des étrangers prévues par le droit national, comme les autorisations de séjour dans la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (RS 142.20), en particulier l'art. 32 ss.

dique, mais aussi sur la culture, l'origine, l'ascendance, la couleur de peau, ou construire des groupes de migrants «inférieurs» en se basant sur un critère pseudo-biologique. La question est d'autant plus complexe que d'autres motifs de discrimination tels que le sexe ou un handicap peuvent être touchés par le processus de *racialisaton*, et qu'il est alors difficile de les distinguer d'autres phénomènes tels que la discrimination des handicapés (si l'on pense par exemple à la possibilité future de sélectionner avant la naissance les vies qui valent la peine d'être vécues et celles qui n'en valent pas la peine)<sup>118</sup>.

La jurisprudence concerne généralement des groupes exposés à la stigmatisation dans un contexte social donné. L'arrière-plan historique et social est donc toujours déterminant quand il s'agit de juger s'il y a discrimination raciale ou pas<sup>119</sup>. Celle-ci peut ainsi être comprise comme la conséquence d'une attribution servant, généralement, à désigner un groupe d'individus qui est ressenti et considéré comme différent des autres – inférieur – en raison de certaines propriétés physiques ou culturelles<sup>120</sup>. Les interdictions de discrimination raciale visent les actes et les omissions d'un devoir de protection qui désavantagent des individus en raison de «caractéristiques historiquement racifiées». Cette expression désigne le fait d'avoir élaboré par le passé ou d'élaborer une théorie sur une prétendue infériorité génétique ou culturelle et de l'associer à la présence de caractéristiques physiques ou d'un comportement attribués, réels ou supposés. Les «caractéristiques physiques potentiellement racifiées» sont par exemple la couleur de la peau, la forme des yeux, la chevelure, la taille et les prédispositions génétiques. Les «comportements culturels potentiellement racifiés» sont la langue, l'origine, la religion, les coutumes et les traditions; des critères apparemment neutres en termes de «race», comme le statut migratoire, peuvent aussi en faire partie. L'expression «potentiellement racifié» signifie que les inégalités de traitement fondées sur les caractéristiques physiques ou les comportements culturels cités ne s'expliquent pas forcément par le fait de considérer l'autre comme de

<sup>118</sup> Sur la complexité de la notion, cf. *Geulen* (note 5), en particulier p. 90 à 119.

<sup>119</sup> Cf. notamment *Haney López Jan F.* (note 112), p. 111 ss.; dans la jurisprudence de la CEDH, *Abdulaziz c. The United Kingdom* (GC), 9214/80 (1985) ch. 84–86; CEDH, *Eastafrican Asians c. The United Kingdom*, 44033/70 (1973), in: EuGRZ 1994, p. 386 ss.; dans la jurisprudence nord-américaine, cf. *Korematsu c. United States*, 323 U.S. 214 (1944); *Johnson c. California*, 543 U.S. 499 (2005); *Hernandez c. Texas*, 347 U.S. 4375 (1954); *Shaare Tefila Congregation c. Cobb*, 381 U.S. 615, 617 (1987); *Saint Francis College c. Al-Khazraji*, 481 U.S. 604, 610 ss. (1987).

<sup>120</sup> Cf. *Müller/Schefer* (note 75), p. 720: «Das Verbot der Rassendiskriminierung wendet sich gegen Handlungen und Regelungen, die an mehr oder minder willkürlich festgelegte, nicht oder nur schwer veränderbare Merkmale wie Hautfarbe, Augenform, aber auch Sprache und Abstammung anschliessen und zur Legitimierung von abwertender Klassifizierung und Behandlung führen»; *Kälin Walter/Künzli Jörg*, *Universeller Menschenrechtsschutz. Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene*, p. 365 ss.; *Waldmann* (note 66), p. 582 s.; *Michael J. Klarman*, *From Crow to Civil Rights*, New York 2004, p. 48 ss.

moindre valeur. Par exemple, l'interdiction de se couvrir les cheveux pendant un match de basket ne repose pas nécessairement sur une racialisation, bien qu'elle parte de la caractéristique «chevelure». En revanche, elle peut passer pour telle quand elle vise des individus qualifiés d'inférieurs en raison de leur foi musulmane. Le critère de l'appartenance à une religion peut aussi reposer sur une *racialisation*, même si ce n'est pas nécessairement le cas.

Pour résumer: pour conclure à l'existence d'une discrimination raciale, ce n'est pas tant la discrimination reposant sur des caractéristiques telles que la couleur de peau, l'origine, la religion, la langue, etc. qui compte, mais la discrimination reposant sur une construction théorique et/ou pratique affirmant une infériorité génétique ou culturelle (autrement dit, une construction qui sert de légitimation à la classification et au traitement dévalorisant: conception asymétrique de la protection).

### 3. Pratique des autorités suisses

En Suisse, la pratique s'appuie principalement sur la notion de discrimination raciale inscrite dans les conventions internationales et la Constitution<sup>121</sup>. La revue des documents officiels pertinents a montré qu'elle fait surtout référence à la définition figurant à l'art. 1 CIERD. Le SLR et le CFR définissent les notions de racisme et de discrimination, mais aucun des deux ne donne une définition claire de la discrimination raciale.

### 4. Résumé

Notion: fr. discrimination raciale; all. Rassendiskriminierung; it. discriminazione razziale; angl. racial discrimination.

Bases légales: la «discrimination raciale» est une notion juridique bien établie, qui figure expressément dans les traités internationaux<sup>122</sup> et les textes constitutionnels<sup>123</sup> pertinents. La pratique et la doctrine ont déjà permis de définir des aspects très importants, mais sans aller jusqu'à un niveau général et théorique (qui irait au-delà de la définition donnée par l'art. 1 CIERD). Alors que la pratique se fonde principalement sur des arrêts concernant des cas particuliers et évite de formuler une définition univoque, la littérature juridique propose une

<sup>121</sup> Cf. p. ex. <http://www.ekr.admin.ch/themes/f169.html> (consulté le 5.10.2014), ainsi que <http://www.edi.admin.ch/frb/00505/00507/index.html?lang=fr> (consulté le 5.10.2014).

<sup>122</sup> P. ex. art. 1 CIEDR, art. 2, al. 2, Pacte I de l'ONU; art. 2, al. 1, Pacte II de l'ONU; art. 14 CEDH; art. 8, al. 2, Cst.

<sup>123</sup> En particulier art. 8, al. 2, Cst.

approche faisant du racisme un processus de *racialisation* ou tente de donner une définition générale et abstraite de catégories telles que la nationalité, la «race» et l'origine.

Signification: d'après les conventions internationales et les textes constitutionnels, la notion de «discrimination raciale» désigne un <sup>1a</sup>acte ou l'<sup>1b</sup>omission d'un devoir de protection, qui <sup>2a</sup>pour conséquence qu'une personne ou un groupe subit, en raison des caractéristiques mentionnées à l'art. 1 CIERD, ou en raison d'autres <sup>3a</sup>caractéristiques phénotypiques, ou encore en raison de sa <sup>3b</sup>culture, de son <sup>3c</sup>appartenance religieuse, de son <sup>3d</sup>origine régionale, nationale ou ethnique, de sa <sup>3e</sup>langue ou de sa <sup>3f</sup>caste, réelles ou attribuées, un <sup>4</sup>préjudice, préjudice qui repose sur une classification dévalorisante (autrement dit, qui est la <sup>5</sup>conséquence d'un processus de *racialisation*).

- <sup>1a</sup> Sont considérés en particulier comme *actes*: les paroles, les écrits, les images, les signes, les gestes, les mimiques, les agressions physiques, les possessions et la propriété, l'inégalité de traitement dans le cadre d'activités juridiques et l'incitation à réaliser de tels actes ou à négliger son devoir de protection.
- <sup>1b</sup> Nous définissons ici l'*omission d'un devoir de protection* comme le fait de ne pas honorer – et ainsi d'enfreindre la loi – les obligations découlant d'une position de garant conférée par la loi ou par un contrat.
- <sup>2</sup> Il n'est pas nécessaire qu'il y ait dol ou dol éventuel ou une intention de discriminer ou de traiter inégalement; il suffit que le préjudice *résulte* des actes mentionnés.
- <sup>3a</sup> Font partie des *caractéristiques phénotypiques* les caractères morphologiques (couleur de la peau, chevelure, forme du visage, taille, etc.) ainsi que les caractéristiques physiologiques et psychologiques de l'individu.
- <sup>3b</sup> Font partie de la *culture* les usages, les coutumes, la langue et la religion.
- <sup>3c</sup> On entend par *religion* tout système, organisé sous une forme institutionnelle, de croyance en des valeurs de nature transcendante qui servent de repères pour la conduite de la vie. Les religions peuvent être très répandues dans le monde (christianisme, judaïsme, bouddhisme et hindouisme) ou limitées à des groupes dont les membres ne constituent qu'une minorité. On y rattache l'athéisme et l'agnosticisme.
- <sup>3d</sup> On entend par origine *nationale* ou *régionale* l'origine géographique, liée généralement à des continents, à des Etats ou à des régions.
- <sup>3e</sup> On entend par *langue* tout système de communication, que ce soit par la parole, l'écriture, l'image, les gestes, les mimiques ou la gestuelle.

- <sup>3f</sup> Le mot *caste* (du portugais *casta* = race, du latin *castus* = pur) désigne l'organisation hiérarchique de la société indienne, fondée principalement sur sa conception religieuse.
- <sup>4</sup> Un *préjudice* peut être de nature juridique ou factuelle. Il y a préjudice en droit lorsqu'un droit est nié ou lésé et il y a préjudice en fait lorsque la personne lésée subit un dommage matériel ou immatériel (tort moral, stigmatisation, par ex.), une perte de gain ou un refus de prestation qui ne constituent pas simultanément une infraction à la loi.
- <sup>5</sup> L'existence d'une discrimination raciale présuppose une classification dévalorisante: les personnes concernées sont considérées comme inférieures ou se voient refuser la jouissance de biens auxquels elles ont droit; les auteurs de la discrimination expliquent par les caractéristiques phénotypiques et culturelles mentionnées la présence de certaines caractéristiques psychiques, que celles-ci soient réelles ou attribuées (*processus de racialisation*). On distingue ainsi, p. ex., la discrimination «simple» en raison de la langue et la discrimination raciale fondée sur la langue: la première ne se base pas sur l'attribution d'une infériorité fondamentale, alors que la seconde repose sur la langue directement ou, de manière indirecte, sur une caractéristique sous-jacente (origine p. ex.) qualifiée d'inférieure. La *racialisation* s'appuie donc sur des caractéristiques représentatives, de prime abord neutres, qui peuvent varier selon le contexte social.

Questions en suspens: en pratique comme dans la doctrine, certains points ne sont pas encore parfaitement clairs ou incontestés. Citons en particulier:

- les critères exacts permettant de définir la caractéristique «race» et les critères définissant le processus de *racialisation*;
- les critères permettant de définir à partir de quand une inégalité de traitement fondée sur des caractéristiques telles que la langue, la religion ou le statut migratoire constitue une discrimination raciale.

## D Discrimination multiple

### 1. Genèse et acceptions scientifiques

Il est difficile de déterminer avec précision les genèses et les significations de la notion de *discrimination multiple*, ainsi que d'autres termes analogues ou approchants. Ces notions sont issues des critiques d'ordre politique, juridique et scientifique qui, s'influençant les unes les autres, ont été adressées tant à la discrimination qu'aux pratiques antidiscriminatoires qui établissaient une hiérarchie entre les motifs de discrimination<sup>124</sup>. Des mouvements d'émancipation ont donné naissance à des groupes ou des sous-groupes dont la vocation était d'attirer l'attention sur les intérêts négligés ou méconnus, voire délibérément lésés, de sous-groupes stigmatisés ou désavantagés au sein de groupes eux-mêmes victimes de discrimination<sup>125</sup>. Diverses disciplines se penchent sur ce phénomène depuis les années 70 déjà, dans la perspective de la recherche et de la pratique juridique. Mentionnons à cet égard la *Critical race theory* issue aux Etats-Unis du courant juridique de gauche apparu au sein du mouvement *Critical legal studies*, les mouvements féministes et les mouvements latinos, qui ont contribué à forger la notion d'intersectionnalité<sup>126</sup>. Les courants suivants ont aussi joué un rôle important dans l'étude du phénomène: la sociologie féministe, rattachée au sens large à la sociologie critique de langue anglaise et de langue allemande, les sciences humaines et sociales et les courants et chercheurs poststructuralistes des études postcoloniales (intersectionnalité, interdépendance et

<sup>124</sup> Agence des droits fondamentaux FRA (éd.), *Inequalities and multiple discrimination in access to and quality of health-care*, 2013, <http://fra.europa.eu/en/publication/2013/inequalities-discrimination-healthcare> (consulté le 28.1.2014).

<sup>125</sup> A l'instar des femmes des années 70, à cheval entre deux mouvements sociaux, comme le mouvement des handicapés et celui des femmes, le mouvement noir des droits civils et celui des femmes ou l'antiracisme et la mouvance LGBT (*Jurt Luzia/Caplazi Alexandra*, *La discrimination: simple – double – multiple ?*, in: Commission fédérale contre le racisme CFR (éd.), *Tangram* 23, p. 32 ss.); cf. aussi *Smith* (1979/1989), cité par *Moraga Cheri/Anzaldúa Gloria*, *This Bridge Called My Back. Writings by Radical Women of Color*, Kitchen Table, Women of Color Press, New York; *Mamozai Martha*, *Schwarze Frau, weisse Herrin. Frauenleben in deutschen Kolonien*.

<sup>126</sup> C'est *Crenshaw Kimberlé W.* qui en a posé pour la première fois le cadre conceptuel dans *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, *U. Chi. Legal F.* 1989, p. 139 ss; *Harris P. Angela*, *Race and Essentialism in Feminist Legal Theory*, 42 *Stan. Law Rec.* 581, p. 585 ss; pour une vision critique du débat, cf. *Delgado Richard*, *Rodrigo's Reconsideration: Intersectionality and the Future of Critical Race Theory*, *Iowa Law Review*, vol. 96, p. 1247 ss; il vaut par ailleurs la peine de se référer au débat interdisciplinaire que suscite actuellement l'intersectionnalité: *Theorizing Power, Empowering Theory, Signs, Journal of Women in Culture and Society*, vol. 38, no 4, été 2013.

axes de l'inégalité, notamment)<sup>127</sup>. Il en va de même des juristes des mouvements féministes et antidiscriminatoires de langue anglaise et de langue allemande qui, par leurs contributions théoriques et doctrinaires, ont repris et approfondi en Europe les débats juridiques et sociologiques en cours aux Etats-Unis (cf. ci-dessus), en faisant référence à différentes notions, comme la «pluridimensionnalité», l'«intersectionnalité», la «discrimination multiple» ou la «postcatégorialité»<sup>128</sup>. Dénominateur commun de toutes ces appellations, la *discrimination multiple* dépeint un phénomène où interviennent plusieurs motifs de discrimination. La communauté internationale a débattu de cette notion pour la première fois de façon approfondie à l'occasion de la Conférence mondiale contre le racisme de Durban<sup>129</sup>, où surtout le Chili, l'Equateur,

<sup>127</sup> Cf. *Davis Kathy*, Intersectionality as a Buzzword: A Sociology of Science Perspective on What Makes a Feminist Theory Successful, 9 *Feminist Theory*, p. 67 ss; cf. également *Delgado Richard* (note 127), p. 1260, note 65; *Knapp Gudrun-Axeli/Wetterer Angelika* (éd.), Achsen der Ungleichheit. Zum Verhältnis von Klasse, Geschlecht und Ethnizität; *Romelspacher Birgit*, Intersektionalität. Über die Wechselwirkung von Machtverhältnissen; *Walgenbach Katharina/Dietze Gabriele/Hornscheidt Antje/Palm Kerstin*, Gender als interdependente Kategorie. Neue Perspektiven auf Intersektionalität, Diversität und Heterogenität, Opladen 2007; *Idem*, Intersektionalität, Bildung und Sozialisation (à paraître); *Cooper Davina*, Challenging Diversity. Rethinking Equality and the Value of Difference; *McCall Leslie*, The Complexity of Intersectionality, *Signs*, vol. 30, no 3, p. 1771 ss.; *Morris Jenny*, Encounters with Strangers, Feminism and Disability; *Rademacher Claudia/Wiechens Peter* (éd.), Geschlecht, Ethnizität, Klasse. Zur sozialen Konstruktion von Hierarchie und Differenz; *Yuval-Davis Nira*, Geschlecht und Nation; *Spivak Gayatri Chakravorty*, Can the Subaltern Speak ?, 1990.

<sup>128</sup> *Baer et al.* (note 69), Berlin 2010; *Gerards* (97), p. 171 ss.; *Grabham Emily/Cooper Davina/Krishnadas Jane/Herman Didi* (éd.), Intersectionality and beyond: law, power and the politics of location, Oxford 2009; *Hannet Sarah*, Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination, 23 *OJLS* 68; *Holzleithner Elisabeth*, Zur Hierarchisierung von Diskriminierungsdimensionen, exposé lors du colloque «La discrimination: simple – double – multiple ?», Olten 2008; *Jurt Luzia/Caprazi Alexandra*, La discrimination: simple – double – multiple ?, in: Commission fédérale contre le racisme CFR (éd.), *Tangram* 23, p. 32 ss.; *Matsuda Mari*, When the first quail calls: multiple consciousness as jurisprudential method, *Women's Right's Law Reporter*, vol. 14, p. 297 ss.; *Idem*, Beside my sister, facing the enemy: legal theory out of coalition, *Stanford Law Review*, vol. 43, p. 1183 ss.; *Schiek Dagmar / Lawson Anna* (éd.), European Union Non-discrimination Law and Intersectionality – Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination, Ashgate; *Solanke Iyiola*, Stigma: A Limiting Principle Allowing Multiple-Consciousness in Anti-Discrimination Law ?, in: *Schiek Dagmar/Chege Victoria* (éd.), *European Union Non-Discrimination Law. Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*, London/New York, p. 115 ss.; *Squires Judith*, Intersecting Inequalities: Britain's Equality Review, *International Feminist Journal of Politics*, 11 (4), p. 496 ss; *Tobler Christa*, Gender, Behinderung, Rasse. Komplexität von Konstellationen, exposé lors du colloque «La discrimination: simple – double – multiple ?», Olten 2008; *Naguib Tarek*, Mehrdimensionalität im schweizerischen Antidiskriminierungsrecht: Eine Leerstelle (à paraître); *Idem*, Mehrfachdiskriminierung: Analysekategorie im Diskriminierungsschutzrecht, *RSJ* 106; *Idem*, Mehrdimensionale Diskriminierung; *Idem*, Grounds of Discrimination: A Dilemma, exposé lors du colloque «Discrimination and Difference». Interdisciplinary Symposium at the Freie Universität Berlin, 14.6.2012; *Liebscher et al.* (note 116); *Waldmann* (note 66), p. 391 ss.; *Pärlí*, Mehrfachdiskriminierung: In der schweizerischen Lehre und Praxis noch kein Thema, p. 45 ss.; *Makkonen Timo*, Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore, Institute for Human Rights Åbo Akademi University.

<sup>129</sup> Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, Déclaration, al. 14, 49, 79, 104(c), 172, 212; Rapport de la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, U.N. Doc. A/CONF.189/12; cf. aussi *Pillai Charles*, Declaration and Programme of Action: As Adopted at Kingsmead Cricket Stadium, Durban, South Africa, 03.9.2001, Johannesburg: Conférence mondiale contre le racisme, secrétariat du Forum des ONG.

le Guatemala, le Canada et le Mexique (au nom notamment des Etats d'Amérique latine et des Caraïbes) l'ont amenée dans le débat et l'ont défendue<sup>130</sup>.

A l'heure actuelle, le débat sur la discrimination multiple est dominé par la sociologie anglo-saxonne, allemande et francophone, et notamment par les courants féministes des sciences humaines et sociales, les courants poststructuralistes et les juristes de divers pays de l'UE spécialisés dans la protection juridique contre la discrimination. Ceux-ci qualifient l'interaction des caractères acquis (signes physiques, religion, etc.) et des caractères attribués («race», ethnie, sexe, etc.) soit d'intersectionnalité<sup>131</sup>, soit d'interdépendance. La notion d'intersectionnalité porte son attention sur la discrimination comprise comme une matrice interdépendante de situations de répression et d'inégalité d'origine sociale à un moment et un lieu donnés<sup>132</sup>, qui accueille l'intersection de deux motifs de discrimination. Quant à elle, la notion de «catégories interdépendantes» est plutôt axée sur la superposition interactive de ces critères dès les premiers stades de formation de l'identité, c'est-à-dire qu'elle considère dès le début ces catégories comme des forces intimement liées qui s'influencent réciproquement dans une démarche dynamique qui traverse l'espace et le temps (fluidité de l'identité qui ne se fige jamais à une intersection donnée)<sup>133</sup>. Dans une optique juridique, nous estimons néanmoins que seule la conception de l'intersectionnalité nous sera utile, car toute intervention juridique contre la discrimination implique que les inégalités puissent être identifiées à un moment précis.

## 2. Situation juridique

En dépit du grand nombre d'affaires potentielles<sup>134</sup>, les cas de discrimination multiple ne sont pas examinés explicitement sous cette notion dans la jurisprudence des organes internationaux et du Tribunal fédéral, mais seulement dans la perspective d'une catégorie ou, dans le meilleur des cas, de plusieurs catégories<sup>135</sup>. Ils ont en revanche été mentionnés dans les traités interna-

<sup>130</sup> Déclaration du représentant du Canada, Adoption of the final document and report of the conférence, U.N. Doc. A/CONF.189/12 (note 130), al. 5, 6, 8, 25.

<sup>131</sup> Cf. par exemple *Knapp* (note 128), *Rommelspacher* (note 127); *Walgenbach et al.* (note 128); *Idem.*, *Intersektionalität, Bildung und Sozialisation* (à paraître); *Cooper* (note 128), p. 1771 ss; *Morris* (note 127); *Yuval-Davis* (note 128).

<sup>132</sup> Cf. par exemple *Knapp* (note 128); *Rommelspacher* (note 128).

<sup>133</sup> Cf. *Walgenbach et coll.* (note 128).

<sup>134</sup> Cf. les arrêts tirés de la jurisprudence de la CEDH: R.K. c. République tchèque, 7883/08, arrêt du 27.11.2012; *Ferenčíka c. République tchèque*, 21826/10, arrêt du 30.8.2011; *I.G. et al. c. Slovaquie*, 15966/04, arrêt du 13.11.2012; *V.C. c. Slovaquie*, 18968/07, arrêt du 8.11.2011; *N.B. c. Slovaquie*, 29518/10, arrêt du 12.6.2012.

<sup>135</sup> La «pluricategoricalité» évoque, contrairement à la pluridimensionnalité ou à l'intersectionnalité, une perspective dans laquelle la discrimination est certes examinée sous l'angle de plusieurs critères de discrimination, mais dans laquelle le sujet analyse chaque catégorie de façon distincte et non pas dans leur interaction.



tionaux, la pratique et la doctrine des droits de l'homme et dans la soft law (comme la conférence de Durban) depuis la fondation des Nations Unies et l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme, et la lutte contre ce phénomène constitue un champ d'action dans ces dispositifs de défense des droits de l'homme et de protection contre la discrimination. Il a ainsi régulièrement été question de la vulnérabilité particulière de certains sous-groupes précis (comme celle des enfants et des femmes, *women, especially women from the most vulnerable sectors of society such as women of African descent*<sup>136</sup>, *Roma women*<sup>137</sup>, *women with mental disabilities*<sup>138</sup>)<sup>139</sup>. Le phénomène est aussi décrit comme un impact unique et spécifique (*unique and specific impact on*) des discriminations unicatégorielles sur des groupes précis (femmes, enfants, personnes handicapées, fillettes<sup>140</sup>, femmes âgées, etc.)<sup>141</sup>, en fonction du contexte<sup>142</sup>. La discrimination frappe chaque groupe d'une façon propre (*a des effets différents*), à des degrés divers (d'un degré différent)<sup>143</sup> en fonction d'autres facteurs (comme la discrimination à raison du sexe, *indissociablement liée à d'autres facteurs tels que la race, l'origine ethnique, la religion ou la croyance, la santé, l'état civil, l'âge, la classe, la caste et l'orientation et l'identité sexuelle*<sup>144</sup>). La problématique de la discrimination multidimensionnelle apparaît aussi lorsqu'on fait référence à l'interdépendance et au lien avec d'autres droits humains (liberté de croyance, respect de la culture, droit à la vie familiale, droit à un interprète en langue des signes, etc.).

Le Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD) décrit lui aussi la discrimination raciale multidimensionnelle. Il a ainsi reconnu *the importance of the interface between race and religion et constaté [that] it would be competent to consider a*

<sup>136</sup> CEDAW, Communication no 17/2008 du 25.7.2011, U.N. Doc. CEDAW/C/49/D/17, par. 3.2, 3.16, 4.7, 5.3, 5.5, 7.4, 7.7; cf. aussi la Déclaration de la Conférence de Durban (note 130) par. 212.

<sup>137</sup> CEDAW, Observations finales du 22.10.2010, 4<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> rapport de la République tchèque, U.N. Doc. CEDAW/C/CZE/5, par. 28, 34, 38 s., 42 s.

<sup>138</sup> CEDAW, Observations finales du 5.2.2010, 6<sup>e</sup> et 7<sup>e</sup> rapport de l'Ukraine, U.N. Doc. CEDAW/C/UKR/7.

<sup>139</sup> CERD, Recommandation générale no 31, U.N. Doc. CERD/A/60/18, préambule, par. 25, 27, 29, 39; CERD, Recommandation générale no 30 du 1.10.2004, U.N. Doc. CERD/C/64/Misc.11/rec.3, par. 8; CERD, Recommandation générale no 29 du 01.11.2002, U.N. Doc. A/57/18, notamment par. 42 ss.; CERD, Recommandation générale no 25 du 20.03.2000, U.N. Doc. A/55/18, annexe V, par. 2, 28.

<sup>140</sup> CERD, Recommandation générale no 25 du 20.3.2000, U.N. Doc. A/55/18, annexe V, par. 26.

<sup>141</sup> Pour la pratique, cf. CERD, Recommandation générale no 34 du 3.10.2011, U.N. Doc. CERD/C/GC/34, par. 22; CERD, Recommandation générale no 25 du 20.3.2000, U.N. Doc. A/55/18, annexe V, al. 1; CERD, Recommandation générale no 31, U.N. Doc. CERD/A/60/18, préambule, par. 39.

<sup>142</sup> CERD, Recommandation générale no 31, U.N. Doc. CERD/A/60/18, par. 5(g).

<sup>143</sup> CERD, Recommandation générale no 25 du 20.3.2000, U.N. Doc. A/55/18, annexe V, par. 12.

<sup>144</sup> CEDAW, Recommandation générale no 28, U.N. Document CEDAW/C/GC/28, par. 18.

*claim of 'double discrimination' on the basis of religion and another ground specifically provided for in article 1*<sup>145</sup>. L'exemple montre que la distinction rigoureuse entre la discrimination unidimensionnelle et la discrimination multidimensionnelle a une incidence sur le champ d'application matériel des conventions en matière de droits humains, surtout de celles qui ont une approche unique. Selon le comité, pour qu'une discrimination du fait de la religion entre dans le champ d'application de la Convention CERD, il faut qu'elle ne repose pas uniquement sur la religion. Ainsi, le refus d'engager une femme protestante comme nettoyeuse dans une église catholique au motif qu'il faut être catholique pour ce poste n'est pas une discrimination raciale, mais, le cas échéant, une discrimination fondée sur la religion. En revanche, le refus d'engager un musulman «compte tenu des problèmes existant avec la culture musulmane» est constitutif d'une discrimination raciale.

Les tentatives de définir plus exactement, en terminologie juridique, l'oppression multidimensionnelle (*multidimensional oppression*) et la vulnérabilité accrue (*special vulnerability*) sont récentes, puisqu'elles datent de 1989. Elles sont dues à l'initiative de l'avocate des Etats-Unis Kimberlé W. Crenshaw<sup>146</sup>, qui, étant souvent aux prises avec la difficulté d'apporter les preuves exigées, a perçu la nécessité de changer de perspective et d'abandonner l'approche unique. Cependant, il n'a toujours pas été possible d'adopter une définition unique de la discrimination multiple<sup>147</sup>, ni de la notion en soi, ni de son contenu sémantique. A l'exception de la CDAPH (limitée aux femmes et aux enfants<sup>148</sup>), aucun traité international ou régional ne reprend la notion de discrimination multiple<sup>149</sup>; en l'espèce, des règles figurent uniquement dans les conventions internationales non contraignantes ou dans des documents officiels qui

<sup>145</sup> CERD, Opinion. *P.S.N. c. Danemark* du 8.8.2007, U.N. Doc. CERD/C/71/D/36/2006; cf. aussi CERD, Opinion. *A.W.R.A.P c. Danemark* du 8.8.2007, U.N. Doc. CERD/C/71/D/37/2006.

<sup>146</sup> *Crenshaw* (note 127); s'agissant de la genèse et de l'histoire de la notion d'intersectionnalité, cf. *Crenshaw Kimberlé/McCall Leslie*, *Intersectionality: Theorizing Power, Empowering Theory*, Summer 2013, vol. 38, no 4.

<sup>147</sup> *Agence des droits fondamentaux* (éd.), *Inequalities and multiple discrimination in access to and quality of healthcare*, 2013, <http://fra.europa.eu/en/publication/2013/inequalities-discrimination-healthcare> (consulté le 27.9.2013), p. 19.

<sup>148</sup> «Les États Parties reconnaissent que les femmes et les filles handicapées sont exposées à de multiples discriminations (...)» (art. 6). «(...) Préoccupés par les difficultés que rencontrent les personnes handicapées, qui sont exposées à des formes multiples ou aggravées de discrimination fondées sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale, ethnique, autochtone ou sociale, la fortune, la naissance, l'âge ou toute autre situation (...)» (préambule); *Hendriks A. C.* (2010), p. 7 à 27.

<sup>149</sup> *Agence des droits fondamentaux FRA* (éd.), *Inequalities and multiple discrimination in access to and quality of healthcare*, 2013, <http://fra.europa.eu/en/publication/2013/inequalities-discrimination-healthcare> (consulté le 27.9.2013), p. 22 ss., p. 24; pour une analyse de la jurisprudence de la CEDH jusqu'en 2011, cf. par.ex. *Agence des droits fondamentaux FRA* (éd.), *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, 2011.

n'ont pas caractère de soft law<sup>150</sup>, ainsi que dans certains actes législatifs nationaux<sup>151</sup>. Cette incohérence conceptuelle se reflète dans la jurisprudence<sup>152</sup> et dans la doctrine. Des différences sont visibles non seulement entre les auteurs ou organes (tribunaux et commissions), mais même au sein du même organe ou chez le même auteur. Les principaux concepts utilisés sont les suivants: discrimination multiple (*multiple discrimination*)<sup>153</sup>, formes multiples de la discrimination (*multiple forms of discrimination*)<sup>154</sup>, double discrimination (*double discrimination*)<sup>155</sup>, discrimination combinée (*combined discrimination*)<sup>156</sup>, caractéristiques doubles (*dual characteristics*)<sup>157</sup>, combinaison de deux caractéristiques protégées (*a combination of two relevant protected characteristics*)<sup>158</sup>, formes multiples et aggravées de la discrimination (*multiple and*

<sup>150</sup> Dans le domaine du droit de l'Union européenne, cf. la décision no 771/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 17.5.2006 relative à l'année européenne de l'égalité des chances pour tous (2007) – Vers une société juste; FRA Multi-annual Framework 2008; Décision de la Commission du 20.1.2006 instituant un groupe d'experts à haut niveau sur l'intégration sociale des minorités ethniques et leur pleine participation au marché du travail (2006/33/CE); Décision du Conseil du 3.12.2001 relative à l'Année européenne des personnes handicapées 2003 (2001/903/CE); Décision du Conseil du 20.12.2000 instaurant un programme d'action concernant la stratégie communautaire en matière d'égalité entre les femmes et les hommes 2001–2005 (2001/51/CE); Décision du Conseil du 27.11.2000 établissant un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination 2001–2006 (2000/750/EC); Déclaration de la Conférence de Durban (note 130), par. 14, 49, 79, 104(c), 172, 212.

<sup>151</sup> C'est le cas notamment de la Bulgarie, de l'Allemagne, de la Grèce, de l'Italie et de la Roumanie, (cf. *Agence des droits fondamentaux* (éd.), *Inequalities and multiple discrimination in access to and quality of healthcare*, 2013, <http://fra.europa.eu/en/publication/2013/inequalities-discrimination-healthcare> (consulté le 27.9.2013), p. 22 ss., p. 25 ss.

<sup>152</sup> Cf. la jurisprudence nationale: Commission d'égalité de traitement d'Autriche, GBK I/166/09-M; I/140/08; I/175/09-M; I/161/08-M; I/155/08-M; I/85/07-M; II/79/09; II/95/05; I/185/09; II/44/07; II/95/05; I/185/09; I/101/07-M; I/166/09-M; I/03-07-M; I/150/08-M; I/126/08-M; Cour suprême de la République tchèque, Nejvyšší soud ČR, Ing. M Čauševič c. Pražská teplárenská a.s., cas no 21 Cdo 246/2009, arrêt du 11.11.2009; Italie, Corte Costituzionale, cas no 252/2001, arrêt du 05.07.2001; Suède, tribunal des prud'hommes, A237/07, cas no 11/09, 21.2.2009; cas no 91/10, arrêt du 15.12.2010; A62/10, cas no 13/11, arrêt du 16.2.2011; A68/10, cas no 9/11, arrêt du 23.2.2011; Royaume-Uni, tribunal des prud'hommes, Miriam O'Reilly c. British Broadcasting Corporation, cas no 2200423/2010, arrêt du 11.1.2011; Cour de cassation d'Angleterre et de Galles (chambre civile), Bahl c. The Law Society, IRLR 799, arrêt du 30.7.2004, Bahl c. The Law Society, IRLR 799, arrêt du 30.7.2004.

<sup>153</sup> Pour la pratique, cf. CEDAW, Recommandation générale no 27 du 16.12.2010, U.N. Doc. CEDAW/C/GC/27, par. 1 et 2; CESCR, Observation générale du 02.7.2009, U.N. Doc. E/C.12/GC/20, par. 17; CERD, Recommandation générale du 29.9.2009, U.N. Doc. CERD/C/GC/33, préambule; CERD, Recommandation générale no 32 du 24.9.2009, U.N. Doc. CERD/C/GC/32, par. 7; CERD, Recommandation générale no 34 du 3.10.2011, U.N. Doc. CERD/C/GC/34, par. 23; CERD, Recommandation générale no 31 du 3.10.2005, U.N. Doc. A/60/18(SUPP), par. 460 ss., préambule; CERD, Recommandation générale no 30 du 1.10.2004, U.N. Doc. A/59/18, par. 8; CERD, Recommandation générale no 29 du 1.11.2002, U.N. Doc. A/57/18(SUPP), par. 11; cf. aussi la Déclaration de la Conférence de Durban (note 130), par. 14; pour la doctrine, cf. *Naguib Tarek*, Mehrfachdiskriminierung: Analysekatégorie im Diskriminierungsschutzrecht, RSJ 106 (2010) no 10, 233–243.

<sup>154</sup> Pour la pratique, cf. CEDAW, Recommandation générale no 27 du 16.12.2010, U.N. Doc. CEDAW/C/GC/27, par. 2.

<sup>155</sup> Pour la pratique, cf. CERD, Recommandation générale no 32 du 24.9.2009, U.N. Doc. CERD/C/GC/32, par. 7.

<sup>156</sup> Art. 14, Great Britain's Equality Act 2010 (pas en vigueur).

<sup>157</sup> Art. 14, Great Britain's Equality Act 2010 (pas en vigueur).

<sup>158</sup> Art. 14(1), Great Britain's Equality Act 2010 (pas en vigueur).

*aggravated forms of discrimination*)<sup>159</sup>, formes de discrimination fondées sur des motifs supplémentaires (*forms of discrimination based on additional grounds*)<sup>160</sup>, discrimination fondée sur un ou plusieurs motifs (*on one or more grounds*<sup>161</sup>), intersectionnalité (*intersectionality*)<sup>162</sup>, discrimination multidimensionnelle (*multidimensional discrimination*)<sup>163</sup> ou pluridimensionnelle<sup>164</sup>.

Si un courant de la doctrine crée des sous-catégories de la discrimination multiple, d'autres spécialistes rejettent une subdivision supplémentaire systématique, en faisant valoir que chaque discrimination a une identité propre, de sorte qu'ils préfèrent le concept d'intersectionnalité ou celui de discrimination multidimensionnelle. Quant aux partisans de la subdivision du phénomène, ils distinguent généralement trois sous-catégories: les discriminations multiples (*multiple ou added*), combinées (*compound*) et intersectionnelles (*intersectional*). Multiple discrimination (*ou added discrimination*) signifie ainsi *A situation in which one person suffers from discrimination on several grounds, but in a manner in which discrimination takes place on one ground at a time* (exemple: refus de l'admission à un club dû tant à l'origine Rom qu'au handicap). *Compound discrimination désigne a situation in which several grounds of discrimination add to each other at one particular instance, which creates an added burden*<sup>165</sup> (exemple: un salaire de départ réduit à plus d'un titre, tant en raison du sexe de l'employée que de sa mobilité réduite). S'agissant de la discrimination intersectionnelle, l'inégalité ne se

<sup>159</sup> «(...) Préoccupés par les difficultés que rencontrent les personnes handicapées, qui sont exposées à des formes multiples ou aggravées de discrimination fondées sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale, ethnique, autochtone ou sociale, la fortune, la naissance, l'âge ou toute autre situation (...)» (préambule de la CDPAH).

<sup>160</sup> CERD, Recommandation générale no 25 du 20.3.2000, U.N. Doc. A/55/18, annexe 5, par. 12.

<sup>161</sup> South African Constitution Bill of Rights (art. 9(3)).

<sup>162</sup> Pour la pratique, cf. CEDAW, Recommandation générale no 28 du 16.12.2010, U.N. Doc. CEDAW/C/GC/28, par. 18; CERD, Recommandation générale no 32 du 24.9.2009, U.N. Doc. CERD/C/GC/32, par. 7.

<sup>163</sup> Pour la pratique, cf. CEDAW, Recommandation générale no 27 du 16.12.2010, U.N. Doc. CEDAW/C/GS/27, note marginale 13, 31.

<sup>164</sup> Pour la doctrine, voir en particulier. *Baer/Bittner/Göttsche* (note 128), p. 24 ss; *Naguib* (note 128).

<sup>165</sup> Voir aussi CERD, Recommandation générale no 25 du 1.10.2000, U.N. Doc. A/55/18, annexe 5, par. 12.

manifesterait pas si les divers motifs de discrimination n'interagissaient pas; en d'autres termes, chaque critère pris isolément n'est pas suffisant pour entraîner la discrimination<sup>166</sup> (exemple: refus de la demande de naturalisation déposée par une femme portant le foulard).

L'importance pratique et l'utilité de la notion de discrimination multiple pour la théorie et la doctrine juridique restent pour l'essentiel vagues. On défend actuellement, une thèse qui n'a pas été éprouvée empiriquement ni fait l'objet d'un débat théorique définitif: il faut passer d'une vision catégorielle (et notamment celle fondée sur une catégorie unique) à une perspective intersectionnelle, afin de pouvoir identifier des types de discrimination – notamment de nouveaux types – et de les nommer avec précision. C'est la condition nécessaire pour prendre en compte la perspective des victimes. Ce serait là une condition pour que les actes discriminatoires puissent faire l'objet d'une plainte, être dûment prouvés, puis sanctionnés<sup>167</sup> en vertu du droit en vigueur, au caractère nettement catégoriel. Les partisans de cette thèse soutiennent que, à défaut, les victimes ne peuvent pas invoquer le droit et les prohibitions de la discrimination adoptées par le droit international et constitutionnel ne peuvent s'appliquer avec la même efficacité à des groupes pas ou peu pris en compte par la perspective catégorielle. La vision pluridimensionnelle de la discrimination a par ailleurs aussi son rôle à jouer dans

<sup>166</sup> Cf. notamment la jurisprudence de la South African Constitutional Court *Brink c. Kithshoff* (1996) (4) SA 197 (CC), par. 4; *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another c. Minister of Justice and Others* (1998) (12) BCLR 1517, par. 113; *Haksen c. Lane* (1997), par. 49: *There is often a complex relationship between these grounds. In some cases they relate to immutable biological attributes or characteristics, in some to the associational life of humans, in some to the intellectual, expressive and religious dimension of humanity and in some cases to a combination of one or more of these features. The temptation to force them into neatly self-contained categories should be resisted. Section 8(2) seeks to prevent the unequal treatment of people based on such criteria which may, amongst other things, result in the construction of patterns of disadvantage such as has occurred only too visibly in our history; p. 30, faisant référence à la jurisprudence du Tribunal suprême du Canada in *R. c. Turpin* (1989) 1 S.C.R. 1296: *The court reiterated the importance of determining what constitutes an analogous ground by examining not only the context of the law subject to the claim but also the 'contexts of the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society'; Canada (Attorney General) c. Mossop* (1993) 1 S.C.R. 554, 645–646: *It is increasingly recognized that categories of discrimination may overlap, and that individuals may suffer historical exclusion on the basis of both race and gender, age and physical handicap, or some other combination. The situation of individuals who confront multiple grounds of disadvantage is particularly complex. (...) Categorizing such discrimination as primarily racially-oriented, or primarily gender-oriented, misconceives the reality of discrimination as it is experienced by individuals. Discrimination may be experienced on many grounds, and where this is the case, it is not really meaningful to assert that it is one or the other. It may be more realistic to recognize that both forms of discrimination may be present and intersect; Ibachicio J., speaking for the court in *Law c. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1999) 1 S.C.R. 497: *There is no reason in principle, therefore, why a discrimination claim positing at intersection of grounds cannot be understood as analogous to, or as a synthesis of, the grounds listed in p. 15 (1) (par. 94).***

<sup>167</sup> Pour une opinion critique: *Delgado* (note 128), p. 1274.

l'adoption de mesures positives, notamment pour en améliorer la pertinence<sup>168</sup> et, partant, pour mieux prendre en compte le principe de la proportionnalité<sup>169</sup>.

Eu égard aux difficultés, il n'est guère étonnant que même les autorités chargées d'appliquer le droit (et les tribunaux en particulier) ne se soient guère livrées à un examen approfondi du phénomène de la discrimination multiple.

### 3. Pratique des autorités suisses

La pratique de la CFR et du SLR repose sur des notions tant juridiques que sociologiques de la discrimination multiple. Ces instances appliquent les concepts les plus divers et les expliquent également dans leurs publications (discrimination multiple, intersectionnalité, discrimination additive, discrimination combinée, par ex.), les deux premiers étant particulièrement courants. Sur son site, la CFR définit la discrimination multiple comme une «*inégalité de traitement fondée sur plusieurs caractéristiques*»<sup>170</sup>, qui peuvent être le sexe, la couleur de peau, le statut social, l'appartenance religieuse, l'orientation sexuelle ou un handicap. La CFR précise que les discriminations de ce genre représentent des inégalités sociales particulièrement graves, difficiles à combattre en raison de leur complexité et dont les effets négatifs s'additionnent. Par ailleurs, elle consacré en juin 2009 un numéro de sa revue sur le sujet, pour laquelle elle a demandé des articles à des théoriciens et des praticiens, sans pour autant formuler sa propre définition<sup>171</sup>.

### 4. Résumé

Notion: fr. discrimination multiple; all. Mehrfachdiskriminierung; it. discriminazione multipla; angl. multiple discrimination.

Bases légales: la notion de «discrimination multiple» a beau faire l'objet d'un débat animé à l'échelle internationale depuis la création des Nations Unies, elle ne constitue pas pour autant une notion juridique reconnue. Elle ne figure ainsi expressément ni dans les traités internatio-

<sup>168</sup> Cf. à ce sujet CERD, Recommandation générale no 32 du 24.9.2009, U.N. Doc. CERD/C/GC/32; par. 17; CERD, Recommandation générale no 25 du 20.3.2000, U.N. Doc. A/55/18, annexe 5, par. 24, 28, 38, 39; CERD, Recommandation générale no 29 du 1.11.2002, U.N. Doc. A/57/18(SUPP), par. 11; CERD, Recommandation générale no 30 du 1.10.2004, U.N. Doc. A/59/18, par. 8; CERD, Recommandation générale no 31, U.N. Doc. A/60/18(SUPP) par. 5(g), 25.

<sup>169</sup> CERD, Recommandation générale no 25 du 20.3.2000, U.N. Doc. A/55/18, annexe 5; par. 24, 39.

<sup>170</sup> [www.ekr.admin.ch/themen/f170p.html](http://www.ekr.admin.ch/themen/f170p.html) (consulté le 27.1.2014).

<sup>171</sup> Tangram no 23, Discrimination multiple, publié par la Commission fédérale contre le racisme CFR, Berne 2009.

naux, ni dans les constitutions, même si des instruments juridiques non contraignants y font régulièrement référence en faisant usage des concepts les plus divers (en particulier, outre celui de «discrimination multiple», celui d'«intersectionnalité»), notamment depuis la tenue de la Conférence mondiale contre le racisme en 2001. La jurisprudence et la doctrine, faisant usage des signifiants les plus divers, renvoient elles aussi toujours plus à cette notion et s'emploient à en définir le concept sur le plan théorique et à évaluer son importance sur le plan pratique. Depuis Durban, davantage d'Etats l'ont inscrite dans leur législation nationale contre la discrimination et en faveur de l'égalité.

**Signification:** en faisant référence au droit international, en particulier à la soft law, nous estimons que la «discrimination multiple» (*multiple discrimination*) désigne un <sup>1a</sup>acte ou l'<sup>1b</sup>omission d'un devoir de protection, qui a pour <sup>2</sup>conséquence qu'une personne ou un groupe de personnes subit, <sup>3</sup>du fait de l'interaction d'au moins deux motifs de discrimination, une <sup>4</sup>inégalité de traitement qui n'est <sup>5</sup>justifiée par aucune raison valable.

- <sup>1a</sup> Le terme d'acte recouvre notamment les notions suivantes: paroles, écrits, représentations, signes, gestes, grimaces, actions physiques sur l'intégrité physique, la propriété ou la possession, inégalité de traitement dans le cadre d'actes juridiques ainsi que l'incitation à réaliser de tels actes ou à négliger son devoir de protection.
- <sup>1b</sup> Nous définissons ici l'*omission d'un devoir de protection* comme le fait de ne pas honorer, – et ainsi d'enfreindre la loi – les obligations découlant d'une position de garant conférée par la loi ou par un contrat.
- <sup>2</sup> Il n'est pas nécessaire qu'il y ait dol ou dol éventuel ou une intention de discriminer ou de traiter inégalement; il suffit que le préjudice *résulte* des actes mentionnés.
- <sup>3</sup> Il y a *interaction de plusieurs motifs de discrimination* dans deux cas d'espèce: premièrement lorsque plusieurs motifs concourent à l'inégalité de traitement et influent sur la nature ou la gravité de celle-ci («added burden») et deuxièmement lorsque l'inégalité ne se manifesterait pas si ces motifs n'interagissaient pas. En d'autres termes, ces motifs ne concourent à la discrimination qu'ensemble, mais pas chacun séparément (intersectionnalité).
- <sup>4</sup> Un *préjudice* peut être de nature juridique ou factuelle. Il y a préjudice en droit lorsqu'un droit est nié ou lésé et il y a préjudice en fait lorsque la personne lésée subit un dommage matériel ou immatériel (tort moral, stigmatisation, par ex.), une perte de gain ou un refus de prestation qui ne constituent pas simultanément une infraction à la loi.

Questions en suspens: en l'état, la jurisprudence et la doctrine n'apportent pas de réponses claires aux sujets suivants:

- la nécessité pratique et juridique de subdiviser la discrimination multiple en catégories (discrimination additive, combinée et intersectionnelle, par ex.);
- les critères à appliquer pour constater la mesure dans laquelle un traitement moins favorable est justifié en présence d'un cas de discrimination multiple;
- l'importance pratique de la notion de discrimination multiple pour résoudre des questions doctrinaires fondamentales (champ d'application matériel, causalité, justification de la discrimination, conséquences juridiques, administration des preuves);
- les conséquences juridiques de la discrimination multiple.



## 4. «-Phobie»: la xénophobie en particulier

### A. Xénophobie

#### 1. Genèse et acceptions scientifiques

Le terme de xénophobie provient des vocables grecs *xénos* (étranger) et *phobie* (peur)<sup>172</sup>. Datant de 1935, la huitième édition du Dictionnaire de l'Académie française fournit l'une des premières définitions officielles de ce phénomène, décrit comme un état d'esprit, sentiment de celui qui est xénophobe, état d'esprit qui, selon le Grand dictionnaire terminologique de l'Office québécois de la langue française, est un préjugé défavorable aux étrangers, fondé sur des stéréotypes et des généralisations sans fondement et né de rumeurs, d'incompréhensions, de mœurs différentes<sup>173</sup>. Dans le *langage utilisé par la sociologie allemande*, la xénophobie se traduit souvent par *Fremdenfeindlichkeit*<sup>174</sup> et, dans le *langage courant*, tant par *Fremdenfeindlichkeit* que par *Fremdenangst*<sup>175</sup>. Quant à lui, l'Oxford English Dictionary parle de *deep-rooted, irrational hatred towards foreigners*. La notion du phénomène donnée par le Webster's New Universal Unabridged Dictionary est plus large (en ce qui concerne le cercle des victimes des préjugés ou même des sentiments hostiles), puisqu'il voit dans la xénophobie une *unreasonable fear or hatred of the unfamiliar*; dès lors, toutes les personnes perçues comme «inconnues» ou «étrangères» («unfamiliar») peuvent en être les victimes, et pas seulement celles qui sont considérées comme «étrangères» au sens d'originaires d'un autre contexte culturel. Ces définitions, qui n'ont pourtant pas une vocation spécifiquement scientifique, font déjà apparaître une différence essentielle: si un courant de base voit dans la xénophobie un sentiment de peur ou d'hostilité qui se manifeste contre les étrangers ou les personnes dont on juge qu'elles appartiennent à une autre culture, l'autre orientation fait de toute personne différente une cible potentielle de la xénophobie<sup>176</sup>.

<sup>172</sup> On dit que ce terme a été utilisé pour la première fois en France en 1901 dans le roman «Monsieur Bergeret», avant de faire son entrée dans le Nouveau Larousse en 1906 (La Base historique du vocabulaire français [BHVF]: «Xénophobe»); cf. aussi *Benda Julien*, La trahison des clercs, Calman Lévy 1927, p. 69; Dictionnaire de l'Académie française, 8<sup>e</sup> éd., 1935–1942; utilisé aussi à la suite de l'affaire Dreyfus et de la campagne antisémite, qualifiées de «misoxyènes, xénophobes, xénoctones et xénophages (...)».

<sup>173</sup> «Préjugé défavorable à l'égard des étrangers. Note: La xénophobie est fondée sur des stéréotypes, généralisations sans fondement, nés de rumeurs, d'incompréhensions, de mœurs différentes».

<sup>174</sup> *Geenen Elke M.*, Soziologie des Fremden, Opladen 2002; *Kleinert Corinna*, Fremdenfeindlichkeit: Einstellungen junger Deutscher zu Migranten, Opladen 2004, p. 2 ss.; *Weins Cornelia*, Fremdenfeindliche Vorurteile in den Staaten der EU, 2004.

<sup>175</sup> Les sciences de langue allemande établissent souvent une distinction entre *Fremdenangst* et *Fremdenfeindlichkeit* (cf. notamment la présentation générale dans *Terkessidis Mark*, Die Banalität des Rassismus. Migranten zweiter Generation entwickeln eine neue Perspektive, Bielefeld 2004, p. 53 ss.).

<sup>176</sup> Cf. *Terkessidis* (note 174), p. 53 ss.

Toutes les *tentatives d'explication de la psychologie sociale* ont ceci en commun qu'elles voient dans la xénophobie une exclusion qui provient de la construction normative d'images de soi et d'images d'autrui et aboutit à la marginalisation des personnes qui ne satisfont pas à ces normes. Nora Räthzel parle d'«auto-soumission rebelle», un phénomène dans lequel la résistance contre l'exclusion sociale est dirigée contre un tiers innocent, un bouc émissaire qui prend la forme de l'autre ou de l'étranger<sup>177</sup>. Les personnes sont jugées autres ou étrangères dès qu'elles ne font pas partie de l'endogroupe selon les règles sociales implicites ou explicites de ce groupe; dès lors, Eibl-Eibesfeldt Irenäus voit dans la xénophobie l'exigence anthropologique du maintien d'une norme collective qui exerce un effet stabilisateur<sup>178</sup>. Pour Guido Bolaffi, la xénophobie est aussi liée à la crainte de la perte d'identité qui se manifeste particulièrement lorsque notre besoin de stabilité et notre vision du monde sont ébranlés, l'identité étant façonnée par le groupe auquel on se sent appartenir et dont les normes nous garantissent notre appartenance<sup>179</sup>.

Au sein des sciences sociales, on débat aussi pour savoir si la xénophobie (*Fremdenfeindlichkeit*) vise au premier chef des groupes d'étrangers ou, pour s'aligner sur la position du Hamburger Institut für Sozialforschung, ne s'attaque plus seulement aux personnes d'une autre nationalité, mais surtout aux personnes présentant des caractéristiques sociales déterminées. En font aussi partie des personnes qui ne peuvent ou ne veulent pas se plier aux normes de l'endogroupe, dans une mesure que ce groupe ou sa norme ne peut tolérer<sup>180</sup>. En l'occurrence, il faut distinguer le discours sur la notion de *xenophobia* (xénophobie en fr., Xenophobie en

<sup>177</sup> Räthzel Nora, in: Kalpaka Annita/Räthzel Nora (éd.), *Die Schwierigkeit, nicht rassistisch zu sein*, Cologne 1994.

<sup>178</sup> Eibl-Eibesfeldt Irenäus, *Die Biologie des menschlichen Verhaltens – Grundriss der Humanethologie*, Vierkirchen 2004, p. 409 ss, 443, dit en substance que la norme du groupe s'exprime dans la langue, les coutumes, les habits, les bijoux et une foule d'autres éléments quotidiens. La culture tant spirituelle que matérielle s'adresse à cette norme. La culture s'avère déterminante ici et nous enferme dans un corset comme une deuxième nature, dans la mesure où le trésor des coutumes transmises de génération en génération ne nous laisse pas non plus trop de latitude.

<sup>179</sup> Bolaffi Guido, *Dictionary of race, ethnicity and culture*, SAGE Publications Ltd. 2003, p. 332.

<sup>180</sup> Cf. notamment Mertons Robert K., *On Social Structure and Science*, 1996; Ezra Park Robert, *Human Migration and the Marginal Man*, *American Journal of Sociology* 33, 881–893; Stonequist Everett V., *The Marginal Man: A Study in Personality and Culture Conflict*, New York 1937; Schroer Markus, *Fremde, wenn wir uns begegnen. Von der Universalisierung der Fremdheit und der Sehnsucht nach Gemeinschaft*, in: Nassehi Armin (éd.), *Nation Ethnie, Minderheit*, Beiträge zur Aktualität ethnischer Konflikte, Köln/Böhlau 1997, p. 22; Hahn Alois, *Die soziale Konstruktion des Fremden*, in: Sprondel Walter M. (éd.), *Die Objektivität der Ordnungen und ihre kommunikative Konstruktion*, Francfort-sur-le-Main, p. 162; Schäffler Ottfried, *Modi des Fremderlebens. Deutungsmuster im Umgang mit Fremden*, in: Idem. (éd.), *Der Fremde. Erfahrungsmöglichkeiten zwischen Faszination und Bedrohung*, Opladen 1991, p. 11; Nassehi Armin, *Der Fremde als Vertrauter. Soziologische Betrachtungen zur Konstruktion von Identitäten und Differenzen*, *Kölner Zeitschrift für Soziologie*, 43<sup>e</sup> année, cahier 3/1995, p. 443 à 463, p. 446; Baumann Zygmunt, *Moderne und Ambivalenz. Das Ende der Eindeutigkeit*, Francfort-sur-le-Main 1995, p. 73 ss.

all.) de celui sur la notion de *Fremdenfeindlichkeit*. Si les chercheurs s'accordent à penser que la première se dirige contre les étrangers, ils ne pensent pas tous la même chose de la seconde: certes, dans le cas de la *Fremdenfeindlichkeit*, l'aversion a bel et bien pour cible des Autres, quelle que soit en réalité leur nationalité, considérés comme différents parce qu'ils appartiennent manifestement à une autre «race» ou à un autre milieu culturel; certes, la xénophobie est également dirigée contre l'étranger dans l'opinion de Valluy qui y voit *l'ensemble des discours et des actes tendant à désigner l'étranger de façon injustifiée comme un problème, un risque ou une menace pour la société d'accueil et à l'écart de cette société, que l'étranger soit au loin et susceptible de venir, ou déjà arrivé dans cette société ou encore depuis longtemps installé*<sup>181</sup>. Cela n'empêche pas que des membres de l'endogroupe adoptent eux aussi des comportements qui remettent gravement en question les normes de ce groupe<sup>182</sup>; il s'agit de personnes ou de groupes de personnes qui s'écartent de la norme dominante de l'endogroupe, comme les personnes transsexuelles et homosexuelles (norme sexuelle), les porteurs de handicap (norme physique), les gitans et les punks (style de vie), etc. Les différentes catégories sur la base desquelles une personne est perçue comme Autre peuvent aussi se conjuguer dans une interaction complexe. Ainsi, une transsexuelle en phase de transformation d'une origine précise sera perçue comme Autre d'une façon qui ne sera pas la même que pour une femme hétérosexuelle de la même origine, et cette dernière, à son tour, sera perçue comme Autre d'une autre manière encore qu'un homme ou un transsexuel de la même origine porteur d'un handicap visuel, etc. (cf. aussi chap. 3.D.1. sur la discrimination multiple).

Dans le langage courant, on ne peut distinguer d'orientation plus ou moins claire de la notion de *Fremdenfeindlichkeit* (dans les pays germanophones) et de xénophobie ou *xenophobia* (dans les pays de langue française ou anglaise). La seule tendance que l'on peut constater est la présence des deux axes de définition (étranger ou «autre»).

## 2. Situation juridique

Le terme de «xenophobia/xénophobie» repris dans la *soft law internationale* (cf. chap. 4.A.2.) se traduit habituellement par *Fremdenfeindlichkeit* dans les documents de langue allemande, bien que l'équivalence des deux termes, problématique du point de vue étymologique, linguistique et sociologique, ne soit pas expliquée expressément. D'autres questions demeurent aussi en suspens: la définition de xénophobie ou de *Fremdenfeindlichkeit* dans les documents

<sup>181</sup> Valluy J., *Rejet des exilés – Le grand retournement du droit de l'asile*, Editions du Croquant, 2009, p. 2.

<sup>182</sup> Pour l'ensemble du sujet, cf. aussi *Terkessidis* (note 174), p. 53 ss.

qui en traitent et la différence – s'il y en a une – entre cette notion et celles de racisme ou de discrimination raciale. L'insécurité juridique provient principalement du fait qu'il n'y a pas de genèse claire pour ces deux termes (xénophobie et *Fremdenfeindlichkeit*) et que les sciences ne s'accordent pas sur leur définition. En outre, ces notions s'inscrivent dans des contextes historiques, sociaux et psychologiques différents, qui ont marqué de leur empreinte la pratique législative et judiciaire en droit international<sup>183</sup>.

A l'échelon international, ni le droit ni la soft law ne proposent de définition du terme de xénophobie. D'ailleurs, les Etats ne s'accorderont pas sur une acception unique dans un avenir proche, comme le montre la quatrième session du Comité spécial sur l'élaboration de normes complémentaire, qui s'est tenue du 11 au 20 avril 2012<sup>184</sup>. Les experts ont ainsi précisé: *xenophobia is a fluid concept and that any concrete definition would need to be debated and agreed upon by the members of the Committee* [ce sont les membres du CERD dont il est question ici]. Selon Patrick Thornberry (membre du CERD), le risque d'adopter une définition concrète est d'exclure des groupes de victimes potentielles sur la base de considérations purement techniques. Les Etats présents se sont ainsi accordés pour dire *that problems surrounding a legal definition should not restrict the Committee from protecting victims of xenophobia, particularly in light of the precedent that CERD deals with issues surrounding indigenous rights without defining a class of indigenous people*<sup>185</sup>.

Bien que la notion de xénophobie reste vague en droit international, la pratique des organes de l'ONU dans le domaine des droits humains qui n'ont pas été institués par un traité fournit néanmoins quelques indications sur les phénomènes pouvant relever de la xénophobie. Outre les «peuples indigènes», déjà cités ci-dessus par le membre du CERD, et dont la protection de toute stigmatisation est explicitement mentionnée, les Rapporteurs spéciaux<sup>186</sup> font de la xénophobie l'une des principales causes du racisme envers les ressortissants étrangers, et en particulier les migrants, les réfugiés et les requérants d'asile<sup>187</sup>. Ils dénoncent aussi régulièrement la criminalisation, la discrimination et la stigmatisation dont sont victimes des groupes

<sup>183</sup> Séance de travail avec des représentants du Service de lutte contre le racisme et du Département fédéral des affaires étrangères en novembre 2013.

<sup>184</sup> Cf. Rapport du Comité spécial sur l'élaboration de normes complémentaires sur sa quatrième session, p. 1 [www.ishr.ch/node/216/pdf](http://www.ishr.ch/node/216/pdf). Voir aussi CDH, Rapport du 31.8.2012 du Comité spécial sur l'élaboration de normes complémentaires sur sa quatrième session, U.N. Doc. A/HRC/21/59 (ci-après Rapport CDH).

<sup>185</sup> Rapport CDH.

<sup>186</sup> Dans les documents de l'ONU, du Conseil de l'Europe et de l'OSCE.

<sup>187</sup> Déclaration de la Conférence de Durban (note 130), p. 7.

en raison de leur statut migratoire (*stigmatization and targeting of groups in the context of the economic downturn (...) stigmatizing certain groups and blaming them for any problems endured (...) on minorities, foreigners, migrants, including irregular migrants, refugees and asylum seekers*)<sup>188</sup>. A l'instar du racisme, la xénophobie est comprise comme un symptôme de la formation de l'identité nationale et de la défense contre une diversité culturelle croissante<sup>189</sup>. Elle est ainsi aussi définie comme la *fear of strangers (...) to describe hostility towards people who come from other countries or who are members of different ethnic groups, as well as a lack of respect for their traditions*. Des pays, non européens pour la plupart, rangent parmi la xénophobie en particulier la tendance des nations industrialisées à durcir les politiques migratoires (*in the industrialised world to introduce stricter migration policies*)<sup>190</sup>.

L'examen global des nombreuses sources montre que la notion de xénophobie n'est pas clairement définie et qu'elle ne se distingue pas nettement de celle de racisme. Signalons cependant qu'elle est comprise comme une attitude de rejet, empreinte de parti pris, envers certaines personnes considérées comme étrangères, et non envers toutes les personnes perçues comme différentes ou autres. Les motifs qui conduisent à la criminalisation, la discrimination, la stigmatisation et le rejet de certains groupes peuvent tout aussi bien relever du racisme que s'alimenter d'une aversion envers les ressortissants d'une autre nation perçus comme autres qui ne se fonde sur aucune caractéristique pseudo-biologique ou ethnoculturelle. Toutefois, étant donné que l'idée d'étranger se nourrit toujours d'attributs culturels, il n'est guère étonnant qu'il ait été impossible jusqu'ici d'établir une distinction conceptuelle nette entre la xénophobie et les formes contemporaines du racisme (on entend par là des phénomènes de racialisation d'ordre culturel et non pas pseudo-biologique). Nous estimons que cette distinction (sur le plan pratique, du moins) relève de la gageure, car la xénophobie se fonde d'accoutumée sur des attributs culturels (qui relèvent ainsi souvent du racisme culturel).

### 3. Pratique des autorités suisses

L'imprécision de la notion de xénophobie ou de *Fremdenfeindlichkeit* se retrouve aussi dans les définitions de la CFR et du SLR. Ainsi, le site de la CFR décrit ce phénomène comme *une attitude et un comportement hostiles à l'encontre de toute personne ressentie comme étran-*

<sup>188</sup> Rapport du rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui lui est associée, Mutuma Ruteere, A/HRC/20/38, ch. 4.

<sup>189</sup> Ibid.

<sup>190</sup> Cf. <http://www.humanrights.gov.au/hreoc-website-racial-discrimination-national-consultations-racism-and> (consulté le 27.1.2014).

gère et extérieure au groupe, du fait par exemple de son origine, sa culture, sa langue ou sa religion. Outre les étrangers, quiconque présente une apparence différente ou se comporte différemment peut en être la cible: les originaux, les marginaux, les personnes âgées ou handicapées<sup>191</sup>. Dans son rapport de 2012, le SLR décrit la xénophobie ou *Fremdenfeindlichkeit* comme *une attitude fondée sur des préjugés et des stéréotypes qui associe des sentiments négatifs à tout ce qui est ressenti comme «autre» ou étranger. Par un mécanisme sociopsychologique, l'hostilité manifestée envers les «étrangers» engendre un sentiment de supériorité. Puisqu'elle se fonde sur des critères socioculturels, la perception des personnes que l'on juge «étrangères» ou «autres» peut évoluer avec le temps*<sup>192</sup>. Quant au Réseau de consultations pour les victimes du racisme, un projet de la CFR et de l'association Humanrights.ch, il définit la *Fremdenfeindlichkeit* («intolérance») dans la version française du glossaire comme le *fait de rejeter quelqu'un en raison de l'altérité – perçue de manière subjective*<sup>193</sup>. La CFR en donne la définition suivante: «La xénophobie, ou haine de l'étranger, est une attitude et un comportement hostiles à l'encontre de toute personne ressentie comme étrangère et extérieure au groupe, du fait par exemple de son origine, sa culture, sa langue ou sa religion. A part les étrangers, quiconque présente une apparence différente ou se comporte différemment peut en être la cible: les originaux, les marginaux, les personnes âgées ou handicapées.»<sup>194</sup>

#### 4. Résumé

Notion: fr. xénophobie; all. *Fremdenfeindlichkeit*; it. *Xenofobia*; angl. *xenophobia*.

Bases légales: la xénophobie n'est pas une notion juridique consacrée. Elle n'est ainsi mentionnée expressément ni dans les constitutions nationales, ni dans les traités internationaux qui s'y rapportent. En revanche, elle figure nommément dans la soft law et dans d'autres documents officiels d'organisations internationales<sup>195</sup>. Ni la jurisprudence, ni la doctrine ne s'intéressent à la question de savoir si la xénophobie a une acception propre, distincte de la notion de racisme et de celles de discrimination et discrimination raciale, inscrites dans le droit international, ni

<sup>191</sup> Cf. [www.ekr.admin.ch](http://www.ekr.admin.ch) > Thèmes > Racisme > Xénophobie (consulté le 27.1.2014).

<sup>192</sup> Rapport du Service de lutte contre le racisme 2012. Tour d'horizon et champs d'action, p. 8.

<sup>193</sup> Cf. [www.network-racism.ch](http://www.network-racism.ch) > Glossaire (consulté le 27.1.2014).

<sup>194</sup> Cf. [www.ekr.admin.ch/themes/f128.html](http://www.ekr.admin.ch/themes/f128.html).

<sup>195</sup> Cf. notamment le Mandat du Rapporteur spécial des Nations Unies sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée; la Déclaration et le Programme d'action de la Conférence des Nations Unies contre le racisme («Conférence mondiale contre le racisme 2001 Durban»); le mandat du Représentant personnel de l'OSCE sur les questions de racisme, xénophobie, et discriminations envers les chrétiens et membres d'autres religions.

aux rapports qui l'unissent à ces notions. En allemand, le rapport entre *Xenophobie* et *Fremdenfeindlichkeit* reste lui aussi à définir. Compte tenu des traductions actuelles des textes de la soft law et des documents officiels, nous pouvons cependant postuler que ces deux désignations sont utilisées comme des synonymes.

Signification: dans la soft law de portée internationale et dans d'autres documents officiels d'organisations internationales, la xénophobie est, à notre avis, décrite comme une <sup>1</sup>*attitude de rejet, associée à des préjugés*, envers des personnes ou des groupes de personnes qui se fonde sur le fait que la <sup>2</sup>*société majoritaire les* <sup>3</sup>*perçoit ou les désigne comme appartenant à une culture étrangère*.

- <sup>1</sup> Il s'agit d'une idée, d'un sentiment, d'une position ou d'une attitude qui se manifeste souvent par un comportement excluant (refus des contacts, stigmatisation, discrimination raciale, par ex.) et qui s'inscrit dans la durée.
- <sup>2</sup> Par *société majoritaire*, on entend généralement la partie de la population qui peut définir et représenter les normes culturelles d'une communauté<sup>196</sup>. Il ne s'agit pas nécessairement du groupe le plus nombreux.
- <sup>3</sup> Est *perçue ou désignée comme appartenant à une autre culture* toute personne que la société majoritaire du pays perçoit comme fondamentalement différente pour des attributs culturels importants, dont elle pense qu'elle n'appartient pas totalement au groupe (ou ne devrait pas y appartenir). Il s'agit principalement de personnes provenant d'autres pays, d'autres régions ou d'autres milieux culturels.

Dans ce sens, nous ne sommes pas en présence d'actes xénophobes lorsque les personnes ou groupes de personnes que la société majoritaire considère intégrés du point de vue ethnoculturel sont marginalisés du fait d'autres normes valables dans cette société et se heurtent de ce fait régulièrement à une attitude de rejet ou subissent des sanctions disciplinaires d'ordre social ou juridique (rejet des gens du voyage suisses, des personnages excentriques ou originaux, des personnes présentant des handicaps précis, des homosexuels, des transsexuels).

Les actes d'exclusion dirigés contre certains groupes peuvent par ailleurs interagir de façon complexe. Ainsi, le handicap peut aggraver l'attitude xénophobe envers une personne taxée d'étrangère par la société majoritaire, mais aussi l'atténuer, voire la supprimer, en fonction du sexe, de l'origine ou de l'âge de la personne en question.

<sup>196</sup> Cf. notamment *Rommelspacher Birgit*, *Dominanzkultur. Texte zu Fremdheit und Macht*, Orlanda Frauenverlag 1995.

Questions en suspens: en l'état, la jurisprudence et la doctrine sur la soft law n'apportent pas de réponses claires sur les sujets suivants:

- la mesure dans laquelle il existe en allemand des différences entre *Xenophobie* et *Fremdenfeindlichkeit*;
- la mesure dans laquelle il existe une différence entre xénophobie et racisme;
- les relations entre la xénophobie et l'intolérance (qui y est) associée (cf. chap. 6.A.1.).

## B. Islamophobie

### 1. Genèse et acceptions scientifiques

La *genèse* de la notion d'islamophobie est complexe: d'une part, la science ne s'y intéresse, au plan théorique, que depuis peu de temps, en particulier à la suite des attentats terroristes du 11 septembre 2001 contre le World Trade Center. D'autre part, le phénomène de l'islamophobie et de la discrimination raciale envers les musulmans et musulmanes est une réalité sociale reconnue avant les Temps modernes déjà. Si, au Moyen Age, l'islamophobie se nourrissait avant tout d'un racisme religieux et se manifestait en particulier durant les Croisades dirigées contre l'ensemble du monde non chrétien – et par conséquent aussi contre l'Islam<sup>197</sup> –, nous avons assisté récemment à l'émergence d'une nouvelle dimension de l'islamophobie: plus politisée, elle est fortement marquée par les événements qui ont suivi les attentats du 11 septembre 2001 et adopte les formes les plus diverses<sup>198</sup>. Selon Doudou Diène, l'ancien Rapporteur spécial pour le racisme, les formes contemporaines de l'islamophobie associent l'islam de façon généralisatrice aux violations des droits humains perpétrées en son nom par des régimes répressifs et aux organisations terroristes qui se réclament de l'islam. Cette généralisation aboutit à une rhétorique qui voit dans l'Occident (c'est-à-dire «nous») une civilisation chrétienne et l'oppose au monde islamique («eux», soit les autres ou les étrangers). Ce monde musulman, prétendument homogène, serait incompatible – ou très difficilement compatible – avec les valeurs apparemment occidentales et chrétiennes (*les lumières face à l'obscurantisme, la civilisation face au barbarisme*)<sup>199</sup>.

<sup>197</sup> A l'opposé, la notion de racisme date des Modernes; cf. CDH, Rapport du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée du 21.8.2007, U.N. Doc. A/HRC/6/6, par. 20.

<sup>198</sup> *L'islamophobie a cependant revêtu très vite d'autres formes (...). Si, au cours des siècles passés, le moteur de l'islamophobie était la religion, il semble que ce soit la dimension politique qui domine aujourd'hui, en conséquence des changements sociaux provoqués par des vagues importantes d'immigration et de la position politique et économique croissante des pays musulmans.* (CDH, U.N. Doc. A/HRC/6/6, par. 20).

<sup>199</sup> CDH, U.N. Doc. A/HRC/6/6, par. 21 ss.



Du point de vue *étymologique*, la notion d'islamophobie se compose du terme d'islam et de la terminaison «phobie» (peur, angoisse en grec ancien). Ni le premier ni le deuxième de ces mots n'ont de définition qui fait autorité. La première apparition de la notion d'islamophobie dans des publications d'historiens<sup>200</sup> est en lien avec la colonisation française de l'Algérie: les Français Alain Quellien<sup>201</sup> (1910) et Maurice Delafosse<sup>202</sup> (1912) y font ainsi référence, alors que John Esposito<sup>203</sup> parlait dès 1906 de «The Islamic Threat: Myth or Reality ?»<sup>204</sup>. La biographie de Mohammed «La Vie de Mohammed, prophète d'Allah»<sup>205</sup>, rédigée par Alphonse Étienne Dinet et par Sliman ben Ibrahim, est aussi l'un des premiers ouvrages à parler d'islamophobie. Les pays de langue allemande utilisent régulièrement, depuis le moment où ce terme est apparu, le terme d'*Islamfeindlichkeit* ou, plus récemment, celui d'*antimuslimischer Rassismus* (racisme anti-musulman) sans les distinguer nettement l'un de l'autre. Ceci s'explique par le fait que le terme de «phobie» désigne la cause pathologique ou psychique d'un phénomène, ce qui renvoie l'islamophobie à des motifs pathologiques et la banalise<sup>206</sup>. En *sciences sociales*, c'est probablement Tariq Modood, un chercheur musulman du Policy Studies Institute britannique, qui a été le premier à utiliser la notion d'islamophobie vers la fin des années 1980<sup>207</sup>. Le Runnymede Trust a ensuite été le premier aréopage scientifique non musulman à reprendre cette notion et à en proposer une définition<sup>208</sup>. Son rapport publié en 1994 a essuyé les critiques de nombreux sociologues, qui lui reprochaient notamment l'absence d'ancrage historique et l'hypothèse implicite selon laquelle les populations musulmanes porteraient une part de responsabilité dans l'islamophobie<sup>209</sup>. Après les attentats du 11 septembre 2001, ce terme a suscité un débat toujours plus vif parmi les scientifiques, générant des recherches très éclectiques et des pistes d'explication vagues et dénuées de fondements théoriques. Ce sont le politologue

<sup>200</sup> *Ezzerhouni Dahou*, L'islamophobie, un racisme apparu avec les colonisations, Algérie-Focus 2010; cf. aussi Gresh Alain, A propos de l'islamophobie; *Hajjat Abdellali/Marwan Mohammed*, «Islamophobie»: une invention française (sur le site <http://islamophobie.hypotheses.org>, consulté le 10.1.2014).

<sup>201</sup> *Quellien Alain*, La politique musulmane dans l'Afrique Occidentale.

<sup>202</sup> *Delafosse Maurice*, Haut-Sénégal-Niger, sous la direction de F. Clozel, E. Larose, Paris 1912.

<sup>203</sup> Cf. *López Bravo F.*, Towards a definition of Islamophobia: Approximations of the early twentieth century, *Ethnic and Racial Studies* 34 (4), pp. 556 à 573.

<sup>204</sup> Sans utiliser toutefois le terme d'«Islamophobia».

<sup>205</sup> *Dinet Alphonse Étienne/Ben Ibrahim Sliman*, La Vie de Mohammed, Prophète d'Allah, Paris 1918.

<sup>206</sup> *Allen Christopher*, Islamophobia, Ashgate Publishing 2010, p. 136.

<sup>207</sup> Cf. *Allen* (note 206), p. 58 ss.

<sup>208</sup> *Gottschalk Peter/Greenberg Gabriel*, Islamophobia. Making Muslims Enemy, Lanham 2008.

<sup>209</sup> *Miles Robert/Brown D. Malcolm*, Racism, 2<sup>e</sup> édition, Routledge/London/New York 2003, p. 162 ss.

et sociologue Christopher Allen en 2010<sup>210</sup>, les historiens Thomas Deltombes<sup>211</sup> en 2005 ainsi que Peter Gottschalk et Gabriel Greenberg<sup>212</sup> en 2008 qui ont présenté les premières études scientifiques sur le sujet. Le terme d'islamophobie est passé dans le langage courant après les attentats du 11 septembre 2001. Du point de vue juridique, il n'est apparu aussi qu'en réaction à l'augmentation de la discrimination envers les musulmans et musulmanes<sup>213</sup>.

Le contenu sémantique de la notion d'islamophobie reste pour l'essentiel vague. Les premiers travaux auraient ainsi compris l'islamophobie comme la crainte qu'inspire l'islam à des musulmans libéraux et à des féministes musulmanes<sup>214</sup>. Les *sciences sociales* occidentales contemporaines définissent l'islamophobie comme un préjugé dirigé contre les musulmans ou comme la diabolisation de ces derniers<sup>215</sup>. Elles y voient aussi la construction d'une image dénigrante dans le discours sur l'islam et les musulmans ou des actes discriminatoires qui sont la conséquence logique de cette idée<sup>216</sup>. Le rapport du Runnymede Trust britannique définit l'islamophobie *as an outlook or world-view involving an unfounded dread and dislike of Muslims, which results in practices of exclusion and discrimination*; il s'agit d'un rejet qui voit dans l'islam une religion violente, agressive, menaçante, primitive et sexiste, qui le taxe d'autre ou d'étranger, de non intégré et qui le juge résistant au changement et inférieur à l'Occident<sup>217</sup>. Selon Jürgen Leibold et Steffen Kühnel, l'islamophobie aboutit aux formes d'exclusion les plus diverses et à une attitude de rejet générale envers les musulmans, à des généralisations dénigrantes de la culture islamique et à la volonté d'éviter les contacts avec des musulmans<sup>218</sup>. Il s'agit, selon ces auteurs, d'une idéologie qui conçoit les musulmans et l'islam comme un «Autre» entouré de connotations négatives et diffuse à leur sujet des visions stéréotypées,

<sup>210</sup> Allen (note 206).

<sup>211</sup> Deltombe Thomas, *L'Islam imaginaire*, Editions la Découverte, Paris 2005.

<sup>212</sup> Gottschalk/Greenberg (note 208).

<sup>213</sup> Cf. CDH, Rapport du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée du 20.9.2006, U.N. Doc. A/HRC/2/3, par. 18.

<sup>214</sup> Allen (note 207), p. 5 s.; cf. aussi les propos d'Eszerhouni Dahou, *L'Islamophobie, un racisme apparu avec les colonisations*, Algérie-Focus, 3.2.2010.

<sup>215</sup> Quraishi M., *Muslims and Crime: A Comparative Study*, Aldershot 2005.

<sup>216</sup> Cf. notamment Allen (note 207), p. 190; Balibar Etienne, *Is there a 'Neo-Racism'?*, in: Balibar Etienne/Wallerstein Immanuel, *Race, Nation, Class: Ambiguous Identities*, Verso/London/New York 1991, 17–28, p. 23 s.; Brown Malcolm D., *Conceptualising Racism and Islamophobia*, in: Walter Jessica/Verkuyten Maykel, *Comparative Perspectives on Racism*, Ashgate Publishing, Aldershot 2000, p. 88 s.; Miles/Brown (note 209), p. 164.

<sup>217</sup> *Encyclopedia of Race and Ethnicity*, p. 215.

<sup>218</sup> Leibold Jürgen/Kühnel Steffen, *Islamophobie. Differenzierung tut not*, in: Heitmeyer Wilhelm (éd.), *Deutsche Zustände, Folge 4*, Francfort-sur-le-Main 2006, p. 135 à 155, p. 137.

unilatérales, généralisatrices et négatives<sup>219</sup>. Ils ajoutent que l'islamophobie prend souvent comme cible des symboles considérés comme problématiques en Occident, comme le foulard (symbole de la répression de la femme), le minaret ou la mosquée (symboles des courants islamistes et impérialistes) ou encore le Coran (symbole d'une religion arriérée et violente). La notion d'islamophobie est critiquée notamment par Kenan Malik et Salman Rushdie, qui signalent tous deux qu'elle confond discrimination des musulmans et critique de l'islam<sup>220</sup>. Iman Attia adopte elle aussi une vue critique de cette notion, mais elle y voit moins une critique de l'islam qu'un racisme spécifiquement anti-musulman: ce discours prolongerait celui tenu sur le «terrorisme islamique» et les pratiques définies comme islamiques, telles que les «mariages forcés», les «crimes d'honneur» et une «discrimination de la femme» particulièrement marquée dans l'islam. De la sorte, la société dominante, non islamique, créerait ainsi une distance entre la culture islamique «foncièrement arriérée» et sa propre culture, confirmant ainsi la «supériorité de la «culture occidentale»»<sup>221</sup>.

*Le débat en droit international* – encore récent et limité à la soft law – voit dans le phénomène de l'islamophobie une réponse à *l'intolérance religieuse et la discrimination* d'une part et des *attaques déguisées au nom de la religion des valeurs qu'il [le Conseil de l'Europe] défend* d'autre part<sup>222</sup>. Le CDH estime quant à lui que l'extrémisme islamique ou l'islamisme, ainsi que l'instrumentalisation de la foi religieuse à des fins politiques, ont aggravé ou renforcé les manifestations islamophobes et abouti à l'exclusion, à la stigmatisation et à la discrimination<sup>223</sup>. Tant les attentats terroristes commis par des islamistes<sup>224</sup> que la grave discrimination dont sont victimes les musulmans et musulmanes en Occident expliquent la montée de l'islamophobie, l'attention accrue portée à cette problématique et la façon d'y réagir<sup>225</sup>.

<sup>219</sup> Attia Iman, *Die «westliche Kultur» und ihr Anderes. Zur Dekonstruktion von Orientalismus und antimuslimischem Rassismus*, Bielefeld 2009, transcript, p. 97 ss.

<sup>220</sup> Cf. Manzoni (note 192), p. 21

<sup>221</sup> Attia (note 219), p. 101; repris brièvement par Naguib (note 14), notamment en p. 17 s.

<sup>222</sup> Cf. Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Recommandation 1927 (2010), Islam, islamisme et islamophobie en Europe, par. 1.

<sup>223</sup> CDH, Rapport du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée du 21.8.2007, U.N. Doc. A/HRC/6/6, par. 23 ss.

<sup>224</sup> CDH (2007), Rapport du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée du 27.3.2007, U.N. Doc. A/HRC/4/19, par. 38.

<sup>225</sup> Cf. le Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Rés. 1743 (2010), Islam, islamisme et islamophobie en Europe, par. 9; cf. aussi CDH (2006), Rapport du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée du 20.9.2006, U.N. Doc. A/HRC/2/3, par. 18.

## 2. Situation juridique

Le terme d'islamophobie ne figure pas explicitement dans les traités qui abordent le racisme, mais il s'agit désormais d'une notion consacrée en soft law internationale, ainsi que dans d'autres documents officiels, en particulier depuis les attentats du 11 septembre 2001. Il fait ainsi l'objet d'une réflexion, tant comme concept théorique que comme pratique sociale, dans les débats sur la discrimination, le racisme et l'antisémitisme<sup>226</sup>. Il s'en dégage clairement que la notion d'islamophobie doit être distinguée de celle de «diffamation de la religion». Si, dans les deux cas, la religion prise comme institution peut faire l'objet de propos critiques, outranciers et même insultants, l'islamophobie ne vise cependant pas seulement la religion, mais aussi les musulmans eux-mêmes. Le Rapporteur spécial des Nations Unies définit l'islamophobie comme *une hostilité non fondée et [...] la peur envers l'islam, et en conséquence la peur et l'aversion envers ceux qui se réclament de cette mouvance. Il se réfère également aux conséquences pratiques de cette hostilité en termes de discrimination, préjugés et traitement inégal dont sont victimes des musulmans (individus et communautés) et leur exclusion de sphères politiques et sociales importantes. Ce terme a été inventé pour répondre à une nouvelle réalité: la discrimination croissante contre les musulmans qui s'est développée ces dernières années*<sup>227</sup>. Les manifestations de l'islamophobie sont très diverses: stéréotypes, stigmatisation, marginalisation, violence physique, violence verbale, inégalités de traitement dans l'accès aux ressources, prestations ou institutions, et autres actes discriminatoires (discrimination sociale et idéologique)<sup>228</sup>. Ces manifestations peuvent aussi être cumulatives<sup>229</sup> et prendre la forme d'*actes individuels de discrimination à l'encontre des populations musulmanes – agressions physiques et verbales, profanation de leurs lieux de culte et de leurs centres culturels –, une logique du soupçon qui associe islam et terrorisme et le refus de reconnaître la diversité culturelle de la religion, l'adoption de législations et de mesures administratives visant ouvertement à contrôler et surveiller ces minorités sous divers prétextes liés à la sécurité, à l'immigration illégale ou à la stricte application du principe de laïcité*<sup>230</sup>. Trois tendances principales se dégagent de la montée de l'islamophobie: *d'abord, la généralisation de l'association de l'islam à*

<sup>226</sup> En revanche, le terme d'islamophobie est absent des résolutions qui portent sur la diffamation des religions et sur la lutte contre l'intolérance, les stéréotypes négatifs et la stigmatisation, la discrimination, l'appel à la violence et les actes de violence commis contre les personnes en raison de leur religion ou de leurs convictions: cf. notamment CDH, Rés. du 12.4.2011, U.N. Doc. A/HRC/RES/16/18; U.N. Doc. A/HRC/19/L7; U.N. Doc. A/HRC/22/L.40.

<sup>227</sup> CDH, U.N. Doc. A/HRC/9/12, par. 19; cf. aussi U.N. Doc. E/CN.4/2005/18/Add.4, par. 13; CDH (2006), U.N. Doc. A/HRC/2/3 (note 226), par. 18.

<sup>228</sup> Cf. en particulier: CDH, U.N. Doc. A/HRC/6/6 (note 224), par. 23 ss., notamment. 28 à 36.

<sup>229</sup> CDH, U.N. Doc. A/HRC/6/6 (note 224), par. 28.

<sup>230</sup> CDH, A/HRC/2/3, par. 18; cf. aussi CDH, A/HRC/6/6, par. 17 ss.

*la violence et au terrorisme (...). Ensuite, cette construction idéologique se traduit par un traitement uniquement sécuritaire de contrôle et de surveillance des lieux de culte et de culture (...). Enfin, le refus de la diversité et le rejet du multiculturalisme se manifestent dans les faits par des obstacles à la construction de mosquées, l'intolérance et la répression des expressions et des signes culturels et vestimentaires de l'islam et, donc, de sa visibilité même*<sup>231</sup>.

Pour le Conseil de l'Europe, l'islamophobie est une forme d'extrémisme politique<sup>232</sup>, une attitude d'intolérance et de discrimination envers les musulmans et l'islam en tant que tels<sup>233</sup>, qui prend la forme de *stéréotypes hostiles ou orientaux*<sup>234</sup>. On entend par là que les Européens ont trop souvent l'impression que *l'islam est incompatible avec les principes sur lesquels se fondent la société européenne moderne (essentiellement laïque et démocratique) et l'éthique européenne (droits de l'homme et liberté d'expression)*<sup>235</sup>. Ces stéréotypes peuvent aboutir tant à la stigmatisation qu'à la marginalisation et à l'exclusion sociale<sup>236</sup>, ainsi que, dans d'autres domaines, à des inégalités de traitement et à des discriminations dans l'accès aux ressources économiques, culturelles, sociales, politiques et autres<sup>237</sup>. De même, l'OSCE, en la personne de sa rapporteuse, voit dans ce phénomène une manifestation d'intolérance envers les populations musulmanes et qualifie de danger pour l'Occident la stigmatisation de leur religion (*negative public depiction of Islam, identification of terrorism and extremism with*<sup>238</sup>). Elle souligne aussi que cette stigmatisation débouche régulièrement sur des actes discriminatoires très divers, de nature verbale, physique ou autre<sup>239</sup>.

<sup>231</sup> CDH, U.N. Doc. A/HRC/4/19, par. 38.

<sup>232</sup> Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Recommandation 1927 (2010), Islam, islamisme et islamophobie en Europe, par. 3.

<sup>233</sup> Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Recommandation 1927 (2010), Islam, islamisme et islamophobie en Europe, par. 1.

<sup>234</sup> Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Recommandation 1162 (1991), par. 6.

<sup>235</sup> Idem, par. 7.

<sup>236</sup> Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Rés. 1743 (2010), Islam, islamisme et islamophobie en Europe, par. 1, 12, 20.

<sup>237</sup> Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Rés. 1743 (2010), Islam, islamisme et islamophobie en Europe, par. 9.

<sup>238</sup> OSCE/BIDDH, Hate Crimes in the OSCE Region: Incidents and Responses. Annual Report for 2012, novembre 2013, p. 68 ss.

<sup>239</sup> Cf. notamment le rapport du Représentant personnel de la Présidence en exercice de l'OSCE pour la tolérance (24.1.2012), CIO.GAL/262/11, p. 4 ss.; OSCE/BIDDH, Annual Report (2012) on Hate Crimes in the OSCE Region: Incidents and Responses, pp. 68 à 72.

### 3. Pratique des autorités suisses

Le SLR définit l'hostilité anti-musulmane comme *une attitude de rejet envers les personnes musulmanes ou supposées telles. Il peut aussi se teinter de sentiments hostiles envers les personnes provenant d'un pays déterminé (de religion musulmane), envers une société jugée patriarcale ou sexiste ou encore envers le fondamentalisme religieux. Nous trouvons aussi la conviction que tous les musulmans veulent introduire la charia, qu'ils foulent aux pieds les droits humains ou qu'ils ont tous de la sympathie pour les terroristes islamistes. L'hostilité anti-musulmane exacerbée peut aller jusqu'à vouloir expulser toutes les personnes musulmanes de notre pays ou leur interdire d'exercer leur religion. Les actes anti-musulmans vont de la discrimination raciale à l'école, au travail ou dans les procédures de naturalisation jusqu'aux attaques contre des personnes musulmanes et aux attentats contre des mosquées ou des centres musulmans*<sup>240</sup>. La CFR confirme elle aussi cette vision et désigne ce phénomène du terme de racisme *anti-musulmans*, un terme qu'elle préfère à celui d'islamophobie. Si celui-ci met l'accent sur le rejet émotionnel de l'islam en tant que religion avec ses coutumes, ses pratiques et ses symboles souvent mal compris, le racisme anti-musulmans désigne lui une attitude de rejet de personnes qui se disent musulmanes ou qui sont perçues comme telles par la société majoritaire. On peut aussi y retrouver les composantes d'une hostilité envers des personnes issues d'un pays du tiers-monde (à majorité islamique) ou d'une société patriarcale<sup>241</sup>.

### 4. Résumé

Notion: fr. islamophobie; all. Islamphobie; it. islamofobia; angl. islamophobia.

Bases légales: l'islamophobie n'est pas une notion juridique consacrée. Elle n'est ainsi mentionnée expressément ni dans les constitutions nationales ni dans les traités internationaux qui s'y rapportent. En revanche, elle figure souvent nommément dans la soft law et dans d'autres documents officiels d'organisations internationales. Ni la jurisprudence ni la doctrine ne s'intéressent à la question de savoir si l'islamophobie a une acception propre, distincte de la notion de racisme et de celles de discrimination et discrimination raciale, inscrites dans le droit international; elles n'abordent pas non plus les liens entre l'islamophobie et ces notions.

Signification: dans la soft law de portée internationale et dans d'autres documents officiels d'organisations internationales, l'islamophobie désigne, à notre avis, une *attitude de rejet*,

<sup>240</sup> Rapport du SLR 2012, p. 9.

<sup>241</sup> CFR 2006, Les relations avec la minorité musulmane en Suisse, p. 9; cf. aussi [www.ekr.admin.ch/themen/f126p.html](http://www.ekr.admin.ch/themen/f126p.html) (consulté le 24.1.2014).

associée à des préjugés, envers l'islam ou les personnes qui le professent, fondée sur le fait que l'islam est perçu ou représenté, en particulier dans la perspective d'une <sup>2a</sup>société occidentale laïco-chrétienne ou d'une <sup>2b</sup>tradition religieuse conservatrice non musulmane, comme une religion incompatible ou difficilement compatible avec les <sup>3a</sup>valeurs de la démocratie et de l'Etat de droit ou avec des valeurs <sup>3b</sup>religieuses non musulmanes et ce, <sup>4</sup>dans des aspects essentiels.

- <sup>1</sup> Il s'agit d'une idée, d'un sentiment, d'une position ou d'une attitude qui se manifeste aussi souvent par un comportement excluant (évitement, stigmatisation, discrimination raciale anti-musulmane, par ex.) et qui s'inscrit dans la durée.
- <sup>2a</sup> La *société occidentale laïco-chrétienne* désigne ci-dessus le secteur de la population mondiale qui adhère de lui-même à une communauté de valeurs laïco-chrétiennes, axée autour de la démocratie, de l'Etat de droit et de la séparation de l'Etat et de l'Eglise (sécularisation).
- <sup>2b</sup> On entend par *tradition religieuse non musulmane* surtout les traditions non musulmanes à forte connotation religieuse dont la vision du monde est déterminée par des valeurs religieuses ultraconservatrices et susceptibles elles aussi de s'opposer à la sécularisation.
- <sup>3a</sup> On entend par là la conception de l'Etat fondée sur les modèles de la démocratie, semi-directe, directoriale, parlementaire, présidentielle ou semi-présidentielle (*démocratiques*) ainsi que sur les droits fondamentaux et les droits humains, qui consacrent tant les libertés fondamentales de la personne que le droit de tout individu à ne pas être discriminé.
- <sup>3b</sup> On entend par *valeurs religieuses non musulmanes* tous les systèmes de valeurs qui n'appartiennent pas à l'islam.
- <sup>4</sup> On entend par là une certaine perception de soi des pays européens laïco-chrétiens qui estiment être une «communauté de valeurs» supérieure à celle de l'islam ou des pays islamiques. Cette perception présente par ailleurs l'islam comme une doctrine ou une pratique religieuse plus favorable au terrorisme, à la violence contre les femmes, aux mariages forcés, aux crimes d'honneur et à la discrimination envers la femme que d'autres «communautés de valeurs», religieuses ou non.

Questions en suspens: en l'état, la jurisprudence et la doctrine sur la soft law n'apportent pas de réponses claires sur les sujets suivants:

- La mesure dans laquelle on peut caractériser en premier lieu l'islamophobie comme un phénomène d'inégalité des rapports entre le monde laïco-chrétien – l'ancienne puissance coloniale – et le monde autrefois colonisé non chrétien, en partie musulman (cf. aussi la dis-

- inction d'avec le phénomène de la christianophobie au chap. 4.C.1.); La question de savoir si l'islamophobie peut être désignée comme une forme de racisme;
- Les relations entre l'islamophobie et l'intolérance (qui y est) associée (cf. chap. 6.A.1.).

## C. Christianophobie

### 1. Genèse et acceptions scientifiques

La notion de *christianophobia* (fr. christianophobie, all. Christianophobie) est récente. Utilisée depuis le début des années 2000 en sciences<sup>242</sup> et en politique<sup>243</sup>, elle ne suscite toutefois un réel intérêt que depuis les attentats du 11 septembre 2001 et la montée des actes de violence contre les chrétiens, leurs institutions, leurs écrits et leurs sanctuaires à partir de 2009. La communauté internationale a notamment mis ce sujet à l'ordre du jour politique en raison des procès arbitraires, des condamnations à mort pour blasphème et des attaques perpétrées contre des églises au Proche et au Moyen-Orient<sup>244</sup>, dans un *climat de fondamentalisme religieux et [de] manipulation de croyances religieuses pour des motifs politiques*<sup>245</sup>. La sociologie et l'histoire manifestent également depuis lors un intérêt croissant pour le concept de christianophobie.

Il faut *distinguer* la notion de christianophobie de celle d'antichristianisme. Cette dernière apparaît au XVIII<sup>e</sup> siècle déjà pour désigner la critique radicale et parfois agressive de la foi chrétienne de la part de milieux principalement intellectuels issus du mouvement des Lumières<sup>246</sup>. La notion de christianophobie se réfère elle à une attitude de rejet et d'hostilité envers les chrétiens et leurs institutions, fondée en règle générale sur des motifs politiques, qui se manifeste d'habitude par des actes de discrimination, de répression et même de persécution (cf. les chap. 4.C.1.) ci-dessous). Parmi les événements christianophobes, mentionnons le massacre d'El-Kosheh, l'attentat à la bombe à Alexandrie, les attaques dirigées contre l'église d'Imbada

<sup>242</sup> De *Jaeghere Michel*, cf. la synthèse de l'Enquête sur la christianophobie, éditions Renaissance catholique 2005.

<sup>243</sup> Cf. par exemple *Christianophobia warning from MP*, BBC News du 4.12.2007.

<sup>244</sup> Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Recommandation 1957 (2011), Violence à l'encontre des chrétiens au Proche et au Moyen-Orient, par. 4 ss.

<sup>245</sup> Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Recommandation 1957 (2011), Violence à l'encontre des chrétiens au Proche et au Moyen-Orient, par. 10; cf. aussi Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Rés. 1743 (2010), Islam, islamisme et islamophobie en Europe, par. 1.

<sup>246</sup> *Rémond René*, Le Nouvel Antichristianisme, Desclée de Brouwer 2005; cf. aussi *Durand André*, L'Islam au risque de la laïcité: émergences et ruptures, L'Harmattan, 2005, p. 226. Il ne faut pas non plus assimiler l'«antichristianisme» à la notion d'«Anti-Christianism», très proche de celle de «christianophobie».



en 2011, l'attaque contre l'église de Bagdad en 2010, les actes de vandalisme commis contre les églises de Jérusalem, les centaines d'exemplaires du Nouveau Testament brûlés en public à Tel-Aviv en 2008, l'assassinat de plusieurs chrétiens au Nigeria<sup>247</sup> et d'autres exemples d'actes de violence, de persécution et de protestation, commis par exemple au Mali, au Sénégal et au Soudan, qui ont abouti à l'exode de chrétiens<sup>248</sup>.

Du point de vue *étymologique*, le terme de christianophobie se compose du terme *christianus* (chrétien en latin) (*disciple du Christ*) et de la terminaison «phobie» (peur, angoisse en grec ancien). Dans son acception stricte, il se rapporte à la peur ou à l'angoisse suscitée par la religion chrétienne. En revanche, s'il englobe le contexte social dans lequel la notion de christianophobie est abordée, il appréhende non seulement le christianisme en tant que religion, mais aussi le système de valeurs laïco-chrétien d'Occident. Dès lors, dans une interprétation historique et sociologique du terme, la christianophobie désigne la crainte inspirée par des valeurs, des institutions, des coutumes, etc. associées à la chrétienté, étant entendu par là non seulement la religion à proprement parler, mais aussi les éléments laïcs de la société occidentale. Dans ce sens, le Macmillan Dictionary définit la christianophobie *as irrational animosity towards or hatred of Christians, or Christianity in general. It is also used to describe the phenomenon of intolerance and discrimination against Christians*<sup>249</sup>.

Sur le plan *politique* et dans la *communauté des nations*, il n'y a pas encore de consensus sur le sens exact du terme de christianophobie, ni sur l'utilité de cette notion. Le Conseil des Conférences épiscopales d'Europe (CCEE) entend par là *every form of discrimination and intolerance against Christians*<sup>250</sup>. Selon l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, la christianophobie est étroitement liée à l'islamophobie, et les deux phénomènes se renforcent mutuellement<sup>251</sup>. Le Secrétaire général des Nations Unies souligne lui aussi le rapport étroit qui existe entre ces deux formes d'intolérance<sup>252</sup>. L'ancien Rapporteur spécial contre le racisme, Doudou Diène, se livre lui à une analyse plus approfondie et plus nuancée; il voit la cause essentielle de la montée de la christianophobie dans la domination culturelle que les valeurs occidentales

<sup>247</sup> Cf. Hauss Charles/Haussman Melissa, *Comparative Politics: Domestic to Global Challenges*, p. 457.

<sup>248</sup> Cf. l'aperçu des incidents chez Shortt Rupert, *Christianophobia*, Civitas: Institute for the Study of Civil Society, London 2012 (à consulter à l'adresse: [http://www.civitas.org.uk/pdf/Shortt\\_Christianophobia.pdf](http://www.civitas.org.uk/pdf/Shortt_Christianophobia.pdf), consulté le 24.1.2014).

<sup>249</sup> <http://www.macmillandictionary.com/open-dictionary/entries/Christianophobia.htm> (consulté le 24.1.2014).

<sup>250</sup> Cf. [http://www.ccee.eu/ccee\\_en/activities/00002191\\_All\\_News.html](http://www.ccee.eu/ccee_en/activities/00002191_All_News.html) (consulté le 12.1.2014).

<sup>251</sup> Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Rés. 1743 (2010), Islam, islamisme et islamophobie en Europe, par. 1.

<sup>252</sup> AG, UN. Doc. A/62/306, par. 41.

tant chrétiennes que laïques exercent sur les autres cultures, et notamment sur l'islam et les Etats de confession islamique<sup>253</sup>. Concrètement, il parle de trois facteurs: en premier lieu, la prégnance culturelle d'un sécularisme dogmatique<sup>254</sup>, qui se traduit non seulement par une culture antireligieuse, mais également par une intolérance à l'égard de toute pratique religieuse<sup>255</sup>; en deuxième lieu, l'amalgame entre l'Occident et le christianisme et leur proximité historique<sup>256</sup>; et, en troisième et dernier lieu, le prosélytisme de certains groupes évangéliques d'origine nord-américaine<sup>257</sup>.

Les *sciences sociales* et *l'histoire* donnent diverses interprétations de la christianophobie. Rupert Shortt la définit comme un sentiment d'hostilité envers les chrétiens, victimes d'inégalités sociales, de harcèlement ou de persécution en raison de leurs croyances (*socially disadvantaged, harassed or actively oppressed for their beliefs*<sup>258</sup>). Plusieurs chercheurs inscrivent la notion de christianophobie dans le contexte des attentats du 11 septembre 2001. Ils l'interprètent comme une réaction à ceux-ci et à leurs conséquences politiques, y voyant le reflet du rejet de l'hégémonie du monde laïco-chrétien. Dans son analyse empirique des pays, Shortt avance toutefois que le phénomène de la christianophobie ne saurait se réduire à une réaction contre la prééminence occidentale laïco-chrétienne, quelle que soit la nature de celle-ci. Il l'explique plutôt par le fait que des tenants du pouvoir religieux attisent sciemment l'hostilité envers le christianisme ou ses symboles, soit pour mettre sur pied ou renforcer, au plan

<sup>253</sup> CDH, Rapport du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée du 27.3.2007, U.N. Doc. A/HRC/4/19, par. 41; cf. aussi CDH, Rapport du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée du 21.8.2007, U.N. Doc. A/HRC/6/6, par. 45 ss.

<sup>254</sup> CDH, U.N. Doc. A/HRC/4/19, par. 41: (...) *qui s'est construit historiquement contre la prééminence politique, culturelle et éthique du christianisme, sous le couvert de la modernité, du marché et de la mondialisation (...)*.

<sup>255</sup> CDH, U.N. Doc. A/HRC/4/19, par. 41: (...) *se traduit non seulement par une culture antireligieuse mais également par une intolérance à l'égard de toute pratique, expression ou signe religieux. L'érosion de la pratique religieuse, l'impertinence culturelle et caricaturale à l'égard des figures et des symboles du christianisme au nom de la liberté d'expression, et la réticence – sinon l'intolérance – à accepter la légitimité d'une éthique religieuse dans les choix et les débats fondamentaux de la société (...)*.

<sup>256</sup> CDH, U.N. Doc. A/HRC/4/19, par. 41: (...) *Ensuite, l'amalgame entre l'Occident et le christianisme, découlant tant de leur proximité historique aux époques de la colonisation européenne que de la rhétorique actuelle, politique et intellectuelle sur l'identité chrétienne de l'Europe, notamment contre l'entrée de la Turquie dans l'Union européenne, alimente un sentiment de christianophobie dans des pays d'Afrique, d'Asie, du Moyen-Orient et de l'Asie.*

<sup>257</sup> CDH, U.N. Doc. A/HRC/4/19, par. 41: (...) *le prosélytisme de certains groupes évangéliques, notamment d'origine nord-américaine, est en train de susciter résistance et hostilité au christianisme en Amérique du Sud, en Afrique et en Asie. La diabolisation par certains groupes évangéliques en Amérique du Sud des religions et traditions spirituelles amérindiennes et d'origine africaine, comme le candombé au Brésil, ainsi que l'hindouisme ou le bouddhisme en Inde, nourrissent une christianophobie de plus en plus violente.*

<sup>258</sup> Shortt (note 248), p. 1.

étatique ou paraétatique, un appareil étatique religieux (non chrétien)<sup>259</sup>, soit pour imposer un régime antireligieux. Toujours selon Shortt, les mobilisations politiques christianophobes à motivation religieuse sont en grande partie le fait de sociétés à majorité musulmane<sup>260</sup> comme l'Égypte, l'Irak, le Pakistan<sup>261</sup> ou le Nigeria<sup>262</sup>. Elles se produisent toutefois aussi dans des sociétés où d'autres religions sont prédominantes, comme en Inde, où des extrémistes hindous perpètrent des attentats christianophobes. Dans ces cas, Shortt y voit l'interaction de facteurs ethniques, religieux et nationalistes<sup>263</sup>. Enfin, comme exemples de régimes antireligieux qui exercent une répression musclée contre les chrétiens, citons les régimes communistes de Birmanie et de Chine<sup>264</sup>.

L'un dans l'autre, la genèse du terme est encore très incertaine. Elle découle d'une démarche essentiellement inductive, fondée sur la description d'incidents concrets contre des chrétiens et des objets de leur pratique religieuse. Le terme de christianophobie est aussi souvent remplacé ou complété, par exemple par des notions telles que la christophobie ou le sentiment anti-chrétien<sup>265</sup>.

## 2. Situation juridique

Si la christianophobie n'est pas une notion juridique consacrée en droit international, elle apparaît cependant de plus en plus fréquemment ces dernières années dans des documents relevant du droit international. Selon ces documents, il s'agit principalement de stéréotypes et

<sup>259</sup> Shortt (note 248), *idem.*, Christianophobia: A Faith Under Attack, Rider 2012; cf. aussi Cole Matt, America's Role in Preventing International Anti-Christian Persecution, Michigan State International Law Review, 455–490, p. 456 s.

<sup>260</sup> Shortt (note 248), p. 35 ss., en se référant à l'histoire, montre clairement que cette mobilisation n'a aucun rapport avec le fait que la doctrine islamique encourage davantage l'intolérance que les autres religions: *Just as Christianity has evolved, there are reasonable grounds for thinking that Islam will do so, too*. Shortt fait en l'occurrence référence à Benthall: *Islam has proved to be just as flexible as Christianity in accomodating popular forms of belief and practice* (Benthall Jonathan, Confessional cousins and the rest: The structur of Islamic toleration, Anthropology Today, vol. 21, no 1, 2005, p. 20).

<sup>261</sup> Sur ces incidents, voir notamment Christian Solidarity Worldwide (CSW), Report on Pakistan, Religious Freedom in the Shadow of Extremism, 2011.

<sup>262</sup> Marshall Paul A. (éd.), Religious Freedom in the World, Littlefield 2008, p. 310 surtout.

<sup>263</sup> Pour l'ensemble du sujet, voir Christian Solidarity Worldwide (CSW), Report on India, Communalism, Anti-Conversion and Religious Freedom, 2011, p. 9 ss., 29 ss., 37, notamment.

<sup>264</sup> Cf. Rogers Benedict, Carrying the Cross: The military regime's campaign of restriction, discrimination and persecution against Christians in Burma, 2011; Bush R.C., Religion in Communist China, 1970; Goossaert Victor/Palmer David A., The Religious Question in Modern China, Chicago 2011.

<sup>265</sup> «Bishops condemns Christianophobia», Religious Intelligence, 2008.

de préjugés anti-chrétiens<sup>266</sup> qui se traduisent par des actes de discrimination et d'intolérance envers des chrétiens. Ces manifestations aboutiraient fréquemment à des actes d'extrême violence perpétrés contre les communautés chrétiennes<sup>267</sup> (*qui se manifestent principalement par des attentats contre leurs domiciles et leurs lieux de culte*<sup>268</sup>). Elles revêtent la forme de discours incitant à la haine religieuse, d'attaques contre des maisons et des lieux de culte, de persécutions et de meurtres, ou d'autres actes répressifs ayant de graves conséquences, comme l'interdiction de traduire la Bible ou de construire des églises ou des lieux religieux<sup>269</sup>. La christianophobie est essentiellement une attitude hostile à l'encontre des chrétiens et de leurs institutions religieuses.

### 3. Pratique des autorités suisses

Nous n'avons pas identifié de pratique en lien avec la notion de christianophobie.

### 4. Résumé

Notion: fr. christianophobie; all. Christianophobie; it. cristianofobia; angl. christianophobia.

Bases légales: la christianophobie n'est pas une notion juridique consacrée. Elle n'est ainsi mentionnée expressément ni dans les constitutions nationales, ni dans les traités internationaux qui se rapportent au racisme. En revanche, elle figure nommément dans certains instruments de la soft law et dans des documents officiels d'organisations internationales, en particulier de l'ONU. Ni la jurisprudence, ni la doctrine ne s'intéressent à la question de savoir si la christianophobie a une acception propre, distincte de la notion de racisme et de celles de discrimination et de discrimination raciale, inscrites dans le droit international; elles n'abordent pas non plus les liens entre la christianophobie et ces notions.

Signification: dans les documents officiels d'organisations internationales, la christianophobie désigne, à notre avis, *une attitude de rejet, associée à des préjugés, <sup>2a</sup>à l'encontre du chris-*

<sup>266</sup> Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Recommandation 1957 (2011), Violence à l'encontre des chrétiens au Proche et au Moyen-Orient, par. 12.4.

<sup>267</sup> Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Recommandation 1957 (2011), Violence à l'encontre des chrétiens au Proche et au Moyen-Orient, par. 16.

<sup>268</sup> CDH, Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la liberté de religion ou de conviction et Rapport du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée du 20.9.2006, U.N. Doc. A/HRC/2/3, par. 20.

<sup>269</sup> CDH, Rapport du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée du 21.8.2007, U.N. Doc. A/HRC/6/6, par. 50.

*tianisme* ou <sup>2b</sup>à l'encontre des sociétés laïco-chrétiennes, qui se fonde notamment sur le fait qu'elle <sup>3a</sup>dévalorise le christianisme, religion déviante qui menace ses propres convictions, ou <sup>3b</sup>diabolise le monde laïco-chrétien qu'elle considère amoral ou qu'elle <sup>3c</sup>estime dominateur ou qui <sup>3d</sup>réprime la religion du point de vue idéologique et qui se manifeste fréquemment par des <sup>4</sup>agressions en masse à l'encontre des chrétiens et de leurs institutions qui sont <sup>5</sup>souvent encouragées pour des raisons politiques.

- <sup>1</sup> Il s'agit d'une idée, d'un sentiment, d'une position ou d'une attitude qui se manifeste souvent par un comportement excluant et qui s'inscrit dans la durée.
- <sup>2a</sup> Le *christianisme* englobe la religion chrétienne, sa doctrine, ses institutions et ses pratiques.
- <sup>2b</sup> Les *sociétés laïco-chrétiennes* sont les pays où la société majoritaire fait historiquement partie de la chrétienté et où l'Etat et l'Eglise sont séparés.
- <sup>3a</sup> On entend par *dévaloriser une religion déviante* le fait pour le christianisme d'être compris comme une religion dont il faut rejeter les enseignements, car ils contredisent ou menacent ceux de la religion professée.
- <sup>3b</sup> On entend par là le fait de considérer les pays occidentaux comme des sociétés partageant des valeurs laïco-chrétiennes (cf. 2b), corrompues par des valeurs amORALES comme la liberté sexuelle ou la cupidité.
- <sup>3c</sup> Les nations occidentales sont perçues comme une société qui domine d'autres nations sur le plan économique et politique.
- <sup>3d</sup> La *répression idéologique de la religion* qualifie une position antireligieuse fondée sur des motifs politiques qui tente par des moyens agressifs de réprimer tout courant religieux.
- <sup>4</sup> Il s'agit ici tant de la violence exercée contre des personnes et des institutions que d'autres formes de répression discriminatoire.
- <sup>5</sup> Les agressions citées en 4 sont d'habitude encouragées par des tenants du pouvoir – religieux ou antireligieux – pour mettre sur pied ou renforcer, au plan étatique ou paraétatique, un appareil étatique soit religieux (non chrétien), soit antireligieux.

Questions en suspens: en l'état, la pratique politique et les sciences n'apportent pas de réponses claires sur les sujets suivants:

- dans quelle mesure la christianophobie doit être considérée exclusivement comme la réaction à la répression exercée par le monde occidental et laïc, quel qu'il soit;

- la question de savoir si la christianophobie peut être considérée comme une forme de racisme;
- les relations entre la christianophobie et l'intolérance (qui y est) associée (cf. chap. 6.A.1.).

## D. Autres manifestations spécifiques de la xénophobie, l'arabophobie et l'afrophobie en particulier

L'islamophobie et la christianophobie ne sont pas les seules manifestations de la xénophobie à se rapporter à un groupe précis. Parmi les autres, retenons l'arabophobie et l'afrophobie, deux notions auxquelles nous ne consacrerons qu'un bref examen, attendu qu'elles ne sont guère connues.

### 1. Arabophobie

La genèse de la notion d'arabophobie (ou de celle d'anti-arabisme) n'est pas déterminée, pas plus que l'origine du terme d'*Araberfeindlichkeit* utilisé ponctuellement dans les pays de langue allemande. Du point de vue *étymologique*, l'arabophobie désigne une peur (phobie en grec ancien) de l'«arabe» et l'anti-arabisme une «hostilité» (anti en grec) envers l'«arabe». Quant à l'adjectif «arabe», il précise un lien avec le peuple arabe (*perspective anthropologique ou ethnologique*) qui peut se fonder sur les aspects les plus divers, comme le milieu culturel, la langue sémitique ou l'alphabet (*perspective linguistique ou historique*), une région géographique, une époque historique, allant des califats du Moyen Age au début des Temps modernes (*perspective historique*) ou encore la musique arabe, surtout comprise comme un système tonal propre (*perspective musicologique*). Le problème de voir dans l'«arabe» un seul peuple est que le monde arabe englobe 22 pays du Proche-Orient, du Moyen-Orient et d'Afrique du Nord, caractérisés par une grande diversité ethnique, linguistique et religieuse. Dès lors, les termes d'arabophobie et d'anti-arabisme présupposent littéralement une homogénéité qui n'existe pas.

Au plan *scientifique*, les termes d'arabophobie et d'anti-arabisme ne sont guère traités, exception faite des spécialistes de la psychologie sociale Agustín Echebarria-Echabe et Emilia Fernández Guede, qui entendent par anti-arabisme le dénigrement du peuple arabe<sup>270</sup>. Dans une perspective historique, l'anti-arabisme est étroitement lié aux croisades lancées lors du concile de 1095, à l'expulsion des peuples arabes (les Maures, «moros» en Espagne, signifiant «à la peau foncée») par l'Inquisition espagnole en 1610 et à l'occupation française de l'Algérie de

<sup>270</sup> Echebarria-Echabe Agustín/Fernández Guede Emilia, A New Measure of Anti-Arab Prejudice: Reliability and Validity Evidence, *Journal of Applied Social Psychology*, 37, no 5 (2007), p. 1077 à 1091.

1830 à 1962, épisodes durant lesquels le peuple arabe eut à affronter préjugés et actes discriminatoires. La religion ne joue aucun rôle, ni l'islam, religion majoritaire, ni le christianisme ou le judaïsme, religions minoritaires. En effet, le terme d'arabophobie désigne des préjugés et des sentiments hostiles envers les Arabes, de sorte que, s'il se distingue clairement de la notion d'islamophobie, il n'en reste pas moins que des formes contemporaines d'arabophobie présentent aussi des éléments de préjugés à l'encontre des musulmans et de l'islam, comme il en va lorsque des attentats terroristes sont mis en rapport tant avec l'idée vague que l'on a du monde arabe qu'avec l'islam<sup>271</sup>. On voit ainsi dans le monde arabe un monolithe menaçant où la démocratie et l'état de droit brillent par leur absence.

Les notions d'anti-arabisme et d'arabophobie sont absentes des documents du droit international, exception faite de la déclaration de la Conférence mondiale contre le racisme de Durban<sup>272</sup> et du document final de la Conférence d'examen de Durban de 2009 à Genève<sup>273</sup>, qui utilisent le terme de racisme anti-arabe, sans toutefois le définir. Les deux documents se bornent à engager les Etats à *reconnaître la nécessité de lutter contre l'antisémitisme, le racisme anti-arabe et l'islamophobie dans le monde entier, et prient instamment tous les Etats de prendre des mesures efficaces pour empêcher la formation de mouvements fondés sur le racisme et des idées discriminatoires concernant les communautés en question (...)*. Le fait que l'expression «racisme anti-arabe» soit mentionnée dans le même paragraphe que l'antisémitisme et l'islamophobie ne permet pas pour autant d'en conclure que ces formes ont des points en commun. En revanche, l'anti-arabisme est bel et bien un phénomène qui aboutit au racisme et à la discrimination.

## 2. Afrophobie

L'*origine* du terme d'afrophobie est encore plus obscure que celle du terme d'arabophobie. Il n'apparaît ainsi pas dans le *débat scientifique*. Pour autant que nous le sachions, sa seule définition est celle de Carlton W. Molette/Barbara J. Molette qui date de 1986: *a fear, hate or dis-*

<sup>271</sup> Cf. par exemple Wolf Rowan, *An Introduction to Islamophobia and Anti-Arabism*, Illumination Project Curriculum Materials, p. 3.

<sup>272</sup> Déclaration de la Conférence de Durban, par. 150: (...) à *reconnaître la nécessité de lutter contre l'antisémitisme, le racisme anti-Arabe et l'islamophobie dans le monde entier (...)*.

<sup>273</sup> Document final de la Conférence d'examen de Durban, par. 12: (...) *déplore la recrudescence mondiale et le nombre des cas d'intolérance et de violences raciales ou religieuses, notamment d'islamophobie, d'antisémitisme, de christianophobie et d'antiarabisme, se manifestant en particulier à l'égard de personnes par des stéréotypes désobligeants et une stigmatisation fondés sur leur religion ou conviction, et, à ce propos, exhorte tous les (...)*.

*like of Black Africans and Black African descendants*<sup>274</sup>. En s'inspirant de cet ouvrage, quelques auteurs ont esquissé des définitions, telles que: (...) *negative attitudes and feelings towards black people or people of African descent around the world*<sup>275</sup>. Il s'agit donc d'une hostilité envers les personnes, cultures et idées d'ascendance africaine, surtout d'Afrique noire<sup>276</sup>, qui vise à déshumaniser et à avilir les personnes et qui n'est pas sans ressemblance avec des phénomènes tels que l'homophobie, l'islamophobie et d'autres formes de discrimination (like Homophobia or Islamophobia and other forms of discrimination ground<sup>277</sup>). L'afrophobie peut aussi se recouper avec d'autres motifs de discrimination (intersect), comme l'homophobie, l'islamophobie et le handicap.

La notion d'afrophobie n'apparaît pas dans les *documents du droit international*.

### **E. Autres phobies, en particulier l'homophobie et la transphobie**

Nous n'aborderons pas ici d'autres formes de «phobies» qui se rapportent à des groupes précis, dans la mesure où elles ne visent pas l'autre en tant qu'étranger (*fremd*), soit des groupes de personnes considérés comme exclus de l'ordre national. Pour l'essentiel, il s'agit de formes d'une xénophobie comprise au sens large, c'est-à-dire comme une hostilité envers toutes les personnes qui, bien qu'elles appartiennent à la même nation, ne sont pas perçues comme appartenant à la norme majoritaire (cf. les explications à ce sujet dans la partie consacrée à la xénophobie). Par analogie aux «-ismes», comme l'hétérosexisme, on recense notamment ici des formes d'hostilité envers des personnes qui dévient de la norme de la société en matière de sexualité (comme la transphobie, qui vise les personnes transsexuelles, ou l'homophobie, qui vise les homosexuels et les lesbiennes).

---

<sup>274</sup> Molette Carlton W./Molette Barbara J., *Black Théâtre: premise and presentation*, p. 35; cf. aussi Ogden Christopher, *Good Will Bill*, *Time Magazin* 151 (13).

<sup>275</sup> WorldSense.eu / Dictionary ([www.wordsense.eu/Afrophobia](http://www.wordsense.eu/Afrophobia), consulté le 24.1.2014).

<sup>276</sup> Cf. [en.wikipedia.org/wiki/User:Binadot/Afrophobia\\_\(temp\)](http://en.wikipedia.org/wiki/User:Binadot/Afrophobia_(temp)) (consulté le 24.1.2014).

<sup>277</sup> WorldSense.eu / Dictionary ([www.wordsense.eu/Afrophobia](http://www.wordsense.eu/Afrophobia), consulté le 24.1.2014).



## 5. Hate: hate speech, hate crime

### A. Hate speech

#### 1. Genèse et acceptions scientifiques

La notion de *hate speech* se compose des termes *hate* (haine) et *speech* (discours). L'origine et la *genèse* des mots *haine* et *hate* ne sont pas parfaitement connues. Dès le VIII<sup>e</sup> siècle, on peut retracer leur provenance à partir de *haz* en vieux et moyen haut-allemand et *hataz* (colère, inimitié) en langue germanique<sup>278</sup>. Sous diverses formes, ces termes se retrouvent non seulement en français (*hair*, *haine*) et en anglais (*hate*, *hatred*), mais aussi en allemand moderne (*Hass*) ou en islandais (*hatur*). D'autres langues ont en revanche retenu des dérivés du latin *odius*, notamment le portugais (*ódio*), ou l'italien et l'espagnol (*odio*). Cette étymologie ne permet ni de définir clairement la haine, ni de tirer des conclusions sur une acception uniforme et commune de cette notion. La recherche ethnoлингistique comprend plutôt les phénomènes de *haine* (*hate*, *Hass*) comme des constructions sociales et culturelles dont la compréhension et les manifestations concrètes varient, selon James W. Underhill, en fonction du contexte social<sup>279</sup>. Le plus petit dénominateur commun à toutes les cultures linguistiques désigne la haine comme la forme de rejet la plus intense, un sentiment durable de forte antipathie, une attitude fondamentale hostile.

Selon le Penguin Dictionary of Psychology, qui se fonde surtout sur la psychologie occidentale, la haine est *a deep, enduring, intense emotion expressing animosity, anger, and hostility towards a person, group, or object*<sup>280</sup>. Selon Sigmund Freud, il s'agit d'un état de l'ego qui désire détruire la source apparente du malheur<sup>281</sup>. La psychanalyste Marie-Claude Defores parle d'une *force délibérément déstructurante et déshumanisante*<sup>282</sup>, qui n'implique pas forcément une annihilation physique, mais manifeste simplement le souhait de ne plus devoir entrer en contact avec l'objet de la haine. Comme le dit le psychanalyste Pierre Delaunay: *il n'en veut rien savoir*<sup>283</sup>. Du point de vue *philosophique* également, le besoin de détruire est

<sup>278</sup> Kluge Friedrich, *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, 24., édition revue et augmentée; Walter de Gruyter, Berlin/New York 2001, p. 395.

<sup>279</sup> Underhill James W., *Ethnolinguistic and Cultural Concepts: truth, love, hate & war*, 2012. L'expression française «avoir la haine», par exemple, met en évidence la frustration ressentie envers une personne, ce sentiment aboutissant à une forme d'agressivité apathique.

<sup>280</sup> Reber A.S./Reber E., *The Penguin dictionary of psychology*, New York 2002.

<sup>281</sup> Freud Sigmund, *Instincts and their vicissitudes*.

<sup>282</sup> Defores Marie-Claude, *Le chemin de connaissance*, CVR, Gretz 2005, p. 39.

<sup>283</sup> Delaunay Pierre, *Les quatre transferts*; voir également: Tomasella Saverio, *Le sentiment d'abandon*, Eyrolle 2010, p. 92, qui parle d'un «acte destructeur».

mis en évidence: ainsi, selon José Ortega Y Gasset, haïr consiste à *tuer virtuellement, détruire en intention, supprimer le droit de vivre*; haïr quelqu'un, *c'est vouloir sa disparition radicale*. Ainsi, tant du point de vue temporel que pour ce qui est du but visé, la haine est axée sur la disparition durable de la personne haïe dans l'univers émotionnel de l'individu qui hait, parce que celle-ci constitue la source (supposée) d'un mal. Le Tribunal fédéral considère lui aussi que la haine est *weit mehr als blosser Antipathie, Abneigung oder Ablehnung, auch mehr als Zorn und Wut, die sich relativ rasch wieder abkühlen*<sup>284</sup>.

Le terme *speech* ou *discours* désigne soit l'élocution en tant que manière de parler, soit l'acte même du langage. La philosophie du langage définit l'acte du langage comme une expression linguistique qui prend la forme de *Sprechereignis unter bestimmten situativen Bedingungen*<sup>285</sup> ou encore de *sprachliche Äusserung als sozialer Handlungsvollzug in gegebenem situativem Kontext*<sup>286</sup>. Ainsi, une expression linguistique ne se limite pas aux mots utilisés verbalement, mais inclut d'autres formes de communication par la parole, l'écrit, le signe, l'image, la mimique, dans la mesure où ceux-ci présentent une signification dans un contexte social donné. Dans la théorie correspondante, l'acte du langage est décrit comme suit: *Volziehen einer Handlung mit Hilfe einer sprachlichen Äusserung*<sup>287</sup>. Selon la théorie de John R. Searle, il s'agit là d'un acte de langage se composant d'un d'un acte propositionnel (donc locutoire), d'un acte illocutoire et d'un acte perlocutoire<sup>288</sup>. L'acte locutoire (lat. *loquor = je parle*) désigne l'action de «dire quelque chose». L'acte illocutoire concerne l'action de parler dans le contexte de l'interaction sociale, qui se compose du fait de parler et de la perception du parlé par le destinataire. L'acte perlocutoire, enfin, fait référence à l'effet obtenu au-delà de l'acte illocutoire, par exemple le fait de désécuriser, de faire sourire, de blesser, de consoler, de faire changer d'avis ou de convaincre. John Langshaw Austin parle de *doing something by saying something*<sup>289</sup>.

<sup>284</sup> ATF 6P.132/1999 et 6S.488/1999 E. 13b, arrêts du 3.3.2000.

<sup>285</sup> *Volmert*, Sprache und Sprechen: Grundbegriffe und sprachwissenschaftliche Konzepte, in: Volmert (éd.), Grundkurs Sprachwissenschaft, 5<sup>e</sup> édition (2005), p. 15.

<sup>286</sup> *Ulrich*, Linguistische Grundbegriffe, 5<sup>e</sup> édition, 2002: Sprechakt.

<sup>287</sup> *Regenbogen/Meyer* (éd.): Wörterbuch der philosophischen Begriffe, Hamburg 2005: illokutinärer Akt.

<sup>288</sup> *Searle John R.*; Speech Acts, Cambridge 1969; pour une définition légèrement différente, voir *Austin John Langshaw*, How to Do Things with Words, Cambridge (Mass.), 1962.

<sup>289</sup> *Austin John Langshaw*, How to Do Things with Words, Cambridge (Mass.), 1962.

Ce *doing something by saying something* est crucial pour classifier la notion de *discours de haine*. C'est dans les années 1960 que celle-ci a été introduite pour la première fois dans le droit des Etats-Unis<sup>290</sup>. Cette législation a notamment été influencée par des connaissances issues de la criminologie et par le débat sociologique et universitaire qui a identifié dans le discours de haine une forme particulièrement grave de discrimination<sup>291</sup>. Selon le politologue Raphael Cohen-Almagor, le *discours de haine implique l'intention de rabaisser ou intimider les victimes et de créer un climat de brutalité envers elles, sans forcément provoquer immédiatement des actes de violence*<sup>292</sup>. Dans ce contexte, les groupes les plus divers peuvent être victimes (ou objets) du *discours de haine*, sur la base de catégories telles que la «race», la religion, l'origine ethnique, la couleur de peau, l'origine nationale, le handicap ou l'orientation sexuelle. Selon une conception existante, sont concernés avant tout les groupes opprimés et stigmatisés dans la réalité sociale passée ou actuelle<sup>293</sup>. Cependant, le discours de haine affecte aussi des groupes qui, considérés comme les détenteurs du pouvoir dans un contexte social donné, deviennent la cible de campagnes de dénigrement discriminatoires (voir aussi les explications concernant la christianophobie au chap. 4.C.1.).

Le phénomène du *discours de haine* a été mis en avant comme un enjeu central pour les droits humains dès la préparation de la Déclaration universelle des droits de l'homme (peu auparavant, en 1945, les Nations Unies avaient été instituées en réponse aux atrocités commises durant les deux guerres mondiales). Se posait alors la question de savoir s'il convenait de limiter la liberté d'expression afin de protéger certains groupes de personnes des affirmations discriminatoires, et le cas échéant dans quelles conditions une telle restriction de la liberté pouvait se justifier. La controverse qui persiste aujourd'hui apparaissait déjà à l'époque<sup>294</sup>: certains Etats étaient d'avis qu'il fallait empêcher tout plaidoyer en faveur de la haine raciale, nationale ou religieuse (*advocacy of racial, national or religious hatred*), en raison du potentiel de pro-

<sup>290</sup> Voir par exemple à ce sujet *Delgado Richard/Stefancic Jean*, *Understanding Words That Wound*, 2004, p. 1 ss.

<sup>291</sup> Parmi de nombreux autres, voir *Frangoudak Anna/Thalia Dragona*, *What is our fatherland? Ethnocentrism in education*, Alexandria publications, 1997.

<sup>292</sup> *Cohen-Almagor Raphaël*, *Fighting Hate and Bigotry on the Internet*. Policy and Internet, Article 6, 2011, p. 3.

<sup>293</sup> Voir par exemple *Matsuda Mari J./Delgado Richard/Lawrence Charles/Crenshaw Kimberley*, *Words that Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*, Boulder Colorado 1993, p. 36.

<sup>294</sup> Voir *Kiska Roger*, *Hate Speech: A Comparison Between the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court Jurisprudence*, *Regent University Law Review*, Vol. 25, 107–151, p. 118; *Farrior Stephanie*, *Modling the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law Concerning Hate Speech*, 14 *Berkeley J. International Law*, 1, 15–17 (1996).

pagande étatique raciste que présentent de telles argumentations<sup>295</sup>; d'autres Etats se montraient plus sceptiques<sup>296</sup>, craignant une mise en danger de la liberté d'expression (*impending threats to freedom of speech*)<sup>297</sup>. Alors que les Etats favorables à des restrictions ne sont pas parvenus à faire introduire de telles réglementations dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, une majorité a voté en faveur de ces limitations lors de l'adoption de la convention CERD et du Pacte II de l'ONU (sur les droits civils et politiques) en 1965 et 1966.

Après que les Etats-Unis ont adopté des lois contre le *hate speech* dans les années 1960, dans un contexte influencé par les discussions menées au plan international, les éléments constitutifs du discours de haine ont aussi été réglementés de plus en plus souvent dans d'autres législations nationales (relevant du droit pénal, civil et administratif)<sup>298</sup>. Sur le plan international, le débat à ce sujet a repris à la suite des attentats terroristes contre le World Trade Center à New York<sup>299</sup>. On n'est toutefois pas parvenu jusqu'ici à dégager un concept théorique définitif. En particulier, on ne dispose pas de critères bien établis permettant de distinguer, d'une part, un acte de langage incitant à la haine du point de vue juridique et, d'autre part, un acte de langage qui est certes choquant, blessant ou bouleversant (à cause de son contenu discriminatoire, diffamatoire, stigmatisant ou empreint de préjugés)<sup>300</sup>, mais ne franchit pas le seuil de l'incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence au sens d'un *discours* de haine<sup>301</sup>. En outre, deux questions restent controversées: dans quelle mesure le *discours de*

<sup>295</sup> Par exemple le délégué soviétique *Alexander Bogomolov*: It could not be said that to forbid the advocacy of racial, national or religious hatred constituted a violation of the freedom of the press or of free speech. Between Hitlerian racial propaganda and any other propaganda designed to stir up racial, national or religious hatred and incitement to war, there was but a short step. Freedom of press and free speech could not serve as a pretext for propagating views which poisoned public opinion (HRC, Working Group on the Declaration of Human Rights, 2<sup>e</sup> session, 6 et 7 décembre, 1947, U.N. Doc. E/CN.4.AC.2/SR/9 (1947)).

<sup>296</sup> Pour une vue d'ensemble, voir *Bossuyt Marc. J.*, Guide to the «Travaux Préparatoires» of The International Covenant on Civil and Political Rights 406–07 (1987).

<sup>297</sup> L'avis exprimé par le représentant colombien lors de l'élaboration de la CERD est exemplaire à ce sujet: *To penalize ideas, whatever their nature, is to pave the way for tyranny, for the abuse of power; and even in the most favourable circumstances it will merely lead to a sorry situation where interpretation is left to judges and law officers. As far as we are concerned, as far as our democracy is concerned, ideas are fought with ideas and reasons; theories are refuted with arguments and not by resort to the scaffold, prison, exile, confiscation or fines (...) we believe that penal law can never presume to impose penalties for subjective offences. This barbarious practice is merely the expression of fanaticism such as is found among uncivilized people and is hence proscribed by universal law*, (U.N. GAOR. 20th Sess., 1406th plen. Mtg. At 8, 21.12.2001, U.N. Doc. A/PV.1406).

<sup>298</sup> Voir notamment la vue d'ensemble proposée par *Bossuyt* (note 296), ch. 59, p. 407.

<sup>299</sup> *Kiska* (note 294), p. 109.

<sup>300</sup> Pour ce qui est de la jurisprudence en matière de droit international et constitutionnel, voir chap. 5.A.2.

<sup>301</sup> Un tel acte ne peut pas être sanctionné par des moyens légaux parce qu'il n'est pas produit selon un mode d'incitation à la discrimination ou n'a pas un tel effet; voir à ce sujet *Wiesendanger* (note 292), p. 73: «(...) mieux délimiter (...) celles qui peuvent être pénalement sanctionnées de celles qui peuvent être appréhendées par les voies civiles, administratives ou non judiciaires.»

*haine* doit-il être constitué d'un acte de langage public et comment doit être comprise cette notion de publicité. Afin d'éviter de porter atteinte de manière inappropriée à la liberté d'expression, un rapport ad hoc a été commandé et la discussion s'est poursuivie au niveau des Nations Unies<sup>302</sup>. Cependant, depuis l'entrée en vigueur du Plan d'action de Rabat, ce processus ne semble pas avoir mené à un consensus sur l'acceptation du terme de *discours de haine*.

## 2. Situation juridique

A côté des nombreuses dispositions et définitions nationales<sup>303</sup>, il n'y a pas de définition juridique acceptée universellement du *discours de haine*<sup>304</sup>. Cette notion n'a été définie que dans la soft law du Comité des ministres du Conseil de l'Europe. Selon cette définition assez large, le *discours de haine* recouvre *toutes formes d'expression qui propagent, incitent à, pro-meuvent ou justifient la haine raciale, la xénophobie, l'antisémitisme ou d'autres formes de haine fondées sur l'intolérance, y compris l'intolérance qui s'exprime sous forme de nationalisme agressif et d'ethnocentrisme, de discrimination et d'hostilité à l'encontre des minorités, des immigrés et des personnes issues de l'immigration*<sup>305</sup>. Par ailleurs, selon la soft law, d'autres groupes peuvent être affectés par le *discours de haine* (par exemple les personnes homosexuelles<sup>306</sup>, transsexuelles ou intersexuelles<sup>307</sup>, ou celles souffrant d'un handicap). Sur le plan du droit international, seuls sont fixés explicitement les domaines du *discours de haine* qui concernent les motifs nationalistes, raciaux ou religieux. Ainsi, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ou Pacte II) recouvre *tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence*<sup>308</sup>. Pour tomber sous le coup de cette disposition, il faut qu'il y ait intention d'inciter à la discrimination et que cette incitation ait produit des effets. La Convention internationale des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (convention CERD) se limite quant

<sup>302</sup> Voir le Plan d'action de Rabat relatif à l'interdiction de l'incitation à la haine nationale, raciale et religieuse visant à prévenir toute incitation à la discrimination, à l'hostilité et à la violence, conclusions et recommandations issues des quatre ateliers régionaux d'experts organisés par le CDH en 2011, et adoptées par les experts à Rabat (Maroc) le 5 octobre 2012.

<sup>303</sup> Voir par exemple: Code criminel du Canada (L.R.C. (1985), ch. C-46, sec. 319); Alvaro Paúl Díaz, *The Criminalization of Hate Speech in Chile in Light of Comparative Law*, *Rec. chil. Derecho*, 2011, vol. 38, n. 3, p. 573-609; *Straffeloven*, section 266 B (Danemark).

<sup>304</sup> Seules certaines catégories du *discours de haine* sont couvertes (cf. chap. 4.A.2.).

<sup>305</sup> Recommandation no R (97) 20 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe; voir également CEDH, *Jersild c. Denmark*, no 15890/89.

<sup>306</sup> *Volkova Nadia/Silvestri Martina/López Sergion*, *Hate Speech and The Media*, Background paper, Conseil de l'Europe, p. 3.

<sup>307</sup> LGBTQI (Lesbian, Gay, Bisexual, Transsexuel, Queer, Intersexuel).

<sup>308</sup> Art. 20, al. 2, Pacte II de l'ONU.

à elle à l'incitation à la discrimination raciale. Ses Etats signataires s'engagent notamment à prendre des mesures pénales, entre autres, pour s'opposer à *toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale, ainsi que tous actes de violence, ou provocation à de tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique*<sup>309</sup>. Le Comité chargé de la surveillance de la convention CERD a défini par la suite le *discours de haine raciste* comme un discours pouvant contribuer à *créer un climat de haine et de discrimination raciales*<sup>310</sup>, *qui peut prendre de nombreuses formes*<sup>311</sup>. Contrairement au Comité des droits de l'Homme, il ne pose pas comme condition l'intention d'inciter à la discrimination (à ce sujet, voir ci-dessous les explications de la section *National, racial, religious hatred*).

Outre le droit international, la jurisprudence des organes de surveillance internationaux fournit des indications sur ce qu'il faut comprendre *par discours de haine*. La CEDH, par exemple, fait la distinction entre *l'incitation réelle et sérieuse à l'extrémisme*, qui prend régulièrement certains groupes pour cibles, et l'expression d'opinions moins extrêmes, mais susceptibles de *heurter, choquer ou inquiéter*<sup>312</sup>. Toute expression of (...) *intolerance, negative stereotyping and stigmatization of, and discrimination (...) against persons* ne constitue pas forcément un *discours de haine*. Cette notion ne recouvre que les expressions rabaisantes, offensantes ou intimidantes adressées à une personne ou à un groupe de personnes, ou concernant ceux-ci, qui sont utilisées pour appeler à la violence, à la haine ou à la discrimination. La CEDH affirme que les restrictions imposées à la liberté d'expression sont justifiées en particulier lorsqu'il y a incitation à la haine<sup>313</sup>, que des idéologies discriminatoires sont diffusées en public<sup>314</sup> ou que sont niés la Shoah ou d'autres événements historiques reconnus comme génocides par un tribunal international ou par consensus judiciaire<sup>315</sup>. Par *expression*, on entend tout discours

<sup>309</sup> Art. 4, al. 1(a), CERD.

<sup>310</sup> CERD, Recommandation générale no 35 du 26.9.2013, U.N. Doc. CERD/C/GC/35, par. 5.

<sup>311</sup> CERD, Recommandation générale no 35 du 26.9.2013, U.N. Doc. CERD/C/GC/35, par. 7.

<sup>312</sup> Voir par exemple Commission européenne des droits de l'homme, *Remer c. Allemagne*, 25096/94 (1995), ch. 1; *Marais c. France*, 31159/96 (1996), ch. 1; CEDH, *Jersild c. Danemark* (GC), 15890/89 (1994) ch. 30; *R.L. c. Suisse* (AD), 43878/98 (2003), ch. 8; Comité CERD, *Ross c. Canada*, 736/1997 (2000), ch. 10.6; *J.R.T. & W.G. Party c. Canada*, 104/1981 (1983), ch. 8b; U.S. Supreme Court, *Virginia c. Black*, 538 U.S. 343, 358 (2003); *R.A.V. c. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 386 (1992).

<sup>313</sup> CEDH, *Nur Radyo Ve Televizyon Yayincılığı AŞ c. Turquie*, 6587/03 (2007), ch. 28 ss.; *Gündüz c. Turquie*, 35071/97 (2003), ch. 49; I.A. c. Turquie, 42571/98 (2005).

<sup>314</sup> CEDH, *Vejdeland et autres c. Suède*, 1813/07 (2012).

<sup>315</sup> CEDH, *Lehideux & Isorni c. France* (GC), 24662/94 (1998), ch. 52 s.; Comité des droits de l'Homme, *Faurisson c. France*, 550/1993 (1996), ch. 9.3. à 9.7; *Chauvy c. France*, 64915/01 (2003), ch. 69; *Garaudy c. France*, 65831/01 (2003); *Affaire Perinçek c. Suisse*, 27510/08 (2013); ATF 129 IV 95, consid. 3.4.1; *Garaudy c. France*, 65831/01 (2003).

ou geste, ou tout comportement tel que parole, écrit, signe, gestuelle, mimique ou autre. La jurisprudence de la CEDH permet de conclure qu'il est particulièrement légitime de limiter un discours de haine lorsqu'il vise des minorités ou des groupes stigmatisés au plan social, par exemple des membres de communautés religieuses, des minorités ethnoculturelles ou les LGB-TQI (conception asymétrique, voir chap. 3.A.2.).

L'incitation à la haine ne présuppose pas forcément qu'il soit appelé à la violence ou à des actes punissables: s'attaquer à des personnes en les ridiculisant, en les injuriant ou en les insultant en raison de leur appartenance à un groupe particulier peut suffire pour justifier une intervention de l'autorité<sup>316</sup>. Il n'est pas nécessaire non plus qu'il soit appelé directement à la haine. Des déclarations qui *revêtent un caractère grave et préjudiciable* suffisent si elles discriminent un groupe. Avec son *arrêt Vejdeland*, qui va très loin, la CEDH s'est aussi clairement attiré des critiques dans la littérature spécialisée, parce qu'elle permet de limiter de manière étendue et mal définie des discours qui n'ont pas de véritable effet d'incitation. Quant aux actes discriminatoires qui restent en deçà de ce seuil, ils ne constituent pas des *discours de haine*. En font notamment partie les expressions discriminatoires qui ne cherchent pas expressément à déclencher un sentiment de haine ou à propager des idéologies, comme les comparaisons entre le racisme et les expériences sur les animaux<sup>317</sup>, ou la constatation de différences<sup>318</sup>.

La question de savoir si l'appel à la violence, à la haine ou à la discrimination doit être intentionnel est évaluée de manière variable. La jurisprudence des organes liés aux droits humains a tendance à s'orienter vers une interprétation fondée sur les effets. Dans ce contexte, un problème n'est pas résolu de manière définitive: quelles exigences faut-il définir en ce qui concerne l'intensité nécessaire à la création d'un climat discriminatoire ou hostile? En outre, les exigences concernant le degré de probabilité que l'acte de langage puisse effectivement induire un climat discriminatoire ou hostile dans la population sont elles aussi controversées. Les difficultés de classification en matière de droits humains sont dues essentiellement au fait qu'il est extrêmement complexe de juger de la capacité d'un acte de langage à induire ou renforcer effectivement les craintes et le stress dans la société et, par là, générer des réflexes durables de défense contre les groupes concernés<sup>319</sup>. La pratique établie par les organes liés aux droits humains témoigne d'une certaine retenue, qui tient compte de la liberté d'expression.

<sup>316</sup> CEDH, *Vejdeland et autres c. Suède*, 1813/07 (2012); discuté par Schefer Markus in *Medialex* 2012, p. 78 ss.

<sup>317</sup> Voir *CEDH, PETA Deutschland c. Allemagne*, 43481/09; discuté par Schefer Markus in *Medialex* 2013, p. 22 ss.

<sup>318</sup> TF 5A\_82/2012 du 29.08.2012; discuté par *Naguib* (note 9), p. 13 ss.

<sup>319</sup> *Demore*, p. 1.

La jurisprudence paraît évoluer vers la doctrine du *clear and present danger* développée par les autorités des Etats-Unis. Les espaces sociaux sensibles semblent constituer une forme d'exception, par exemple lorsque des jeunes sont confrontés à des affirmations discriminatoires au voisinage d'une école (voir l'arrêt *Vejdeland*). Il est encore trop tôt pour dire comment vont évoluer les débats à la suite de l'adoption du Plan d'action de Rabat en 2012, que ce soit sur le plan international ou dans les ordres juridiques nationaux.

Récemment, le Comité CERD a accordé une attention particulière à la notion de *discours de haine raciale (racist hate speech)*. Dans sa Recommandation générale no 35 du 26 septembre 2013<sup>320</sup>, il désigne ce discours comme toute diffusion d'idées qui se fondent sur la supériorité par rapport à un groupe de personnes *en raison de la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique* ou toute incitation à la discrimination d'un tel groupe. L'incitation correspond à *tout acte visant à influencer d'autres personnes pour qu'elles se livrent à certaines formes de comportement*. Dans ce contexte, différentes formes de discours sont possibles: *un langage indirect peut être employé pour s'attaquer à des groupes raciaux ethniques et dissimuler ainsi son objectif premier*<sup>321</sup>. En font partie par exemple les formes d'expression orales ou écrite, par images ou par symboles<sup>322</sup>. Différents groupes peuvent être touchés par le discours de haine raciale, *notamment les peuples autochtones, les groupes fondés sur l'ascendance et les immigrés ou non-ressortissants tels que les migrants, les domestiques, les réfugiés et les demandeurs d'asile*<sup>323</sup>. Du point de vue de l'intersectionnalité (voir aussi le chap. 3.D.1.), *les femmes de ces groupes et d'autres groupes vulnérables* peuvent aussi être affectées, de même que les personnes de certains groupes religieux<sup>324</sup>, par exemple avec des *manifestations d'islamophobie, d'antisémitisme et autres manifestations de haine dirigées contre des groupes ethnoreligieux*<sup>325</sup>. Pour constater si une expression présente une dimension d'incitation à la haine raciste, différents facteurs contextuels doivent être pris en compte de l'avis du Comité de la CERD<sup>326</sup>:

<sup>320</sup> CERD, Recommandation générale no 35 du 26.9.2013, U.N. Doc. CERD/C/GC/35.

<sup>321</sup> CERD, Recommandation générale no 35 du 26.9.2013, U.N. Doc. CERD/C/GC/35, par. 7.

<sup>322</sup> CERD, Recommandation générale no 35 du 26.9.2013, U.N. Doc. CERD/C/GC/35, par. 16.

<sup>323</sup> CERD, Recommandation générale no 35 du 26.9.2013, U.N. Doc. CERD/C/GC/35, par. 6.

<sup>324</sup> « (...) l'attention du Comité a aussi porté sur les discours de haine proférés contre des personnes appartenant à certains groupes ethniques qui professent ou pratiquent une religion différente de celle de la majorité (...) ».

<sup>325</sup> CERD, Recommandation générale no 35 du 26.9.2013, U.N. Doc. CERD/C/GC/35, par. 6.

<sup>326</sup> CERD, Recommandation générale no 35 du 26.9.2013, U.N. Doc. CERD/C/GC/35, par. 15.



- Le contenu et la forme de l'expression: *si le discours est provocateur et direct, comment il est construit et sous quelle forme il est distribué, et le style dans lequel il est délivré.*
- Le climat économique, social et politique: *climat dans lequel le discours a été prononcé et diffusé, notamment l'existence de formes de discrimination à l'égard de groupes ethniques et autres, notamment des peuples autochtones. Les discours qui dans un contexte sont inoffensifs ou neutres peuvent s'avérer dangereux dans un autre; dans ses indicateurs sur le génocide, le Comité a insisté sur l'importance du lieu lorsqu'il s'agit d'évaluer la signification et les effets potentiels des discours de haine raciale.*
- La position et le statut de l'orateur *dans la société et l'audience à laquelle le discours est adressé. Le Comité ne cesse d'appeler l'attention sur le rôle joué par les personnalités politiques et autres décideurs dans l'apparition d'un climat négatif envers les groupes protégés par la Convention, et a encouragé ces personnes et organes à témoigner d'une attitude plus positive envers la promotion de la compréhension et l'harmonie interculturelles. Le Comité est pleinement conscient de l'importance particulière de la liberté d'expression dans les domaines politiques, mais sait aussi que l'exercice de cette liberté comporte des responsabilités et des devoirs particuliers.*
- La portée de discours, *notamment la nature de l'audience et les modes de transmission: si le discours a été diffusé via les médias classiques ou Internet, ainsi que la fréquence et la portée de la communication, en particulier lorsque la répétition du discours témoigne de l'existence d'une stratégie délibérée visant à susciter l'hostilité envers des groupes ethniques et raciaux.*
- Les objectifs du discours: *le discours consistant à protéger ou à défendre les droits fondamentaux de personnes et de groupes ne devrait pas faire l'objet de sanctions pénales ou autres.*

### 3. Pratique des autorités suisses

Aucune pratique établie par les autorités n'a pu être étudiée pour la notion de *discours de haine*. En revanche, ce thème a été repris par la Suisse également dans le cadre de la campagne du *Mouvement contre le discours de haine* du Conseil de l'Europe<sup>327</sup>. De plus, la Commission fédérale contre le racisme (CFR) a consacré le Tangram de décembre 2013 à cette problématique, sans pour autant donner sa propre définition du *discours de haine*<sup>328</sup>. Le fait de ne publier que des contributions au débat, sans proposer de définition propre, n'est pas étonnant: il est symptomatique du débat actuel, très politisé et en pleine évolution (voir à ce sujet le Plan d'action de Rabat, note 303).

<sup>327</sup> Voir <http://www.sajc.ch/fr/projekte/no-hate-speech/aktionen-ch/> (consulté le 2.2.2014).

<sup>328</sup> [http://www.ekr.admin.ch/pdf/Tangram\\_32.pdf](http://www.ekr.admin.ch/pdf/Tangram_32.pdf)

Bien qu'ils ne soient pas clairement définis dans le droit suisse, les actes de *discours de haine* y occupent une place significative. Il convient de citer avant tout les interdictions de la discrimination raciale introduites dans le droit pénal suite à la ratification de la CERD. Celles-ci punissent les principaux actes de *discours de haine* dans la mesure où ils concernent des groupes raciaux, ethniques ou religieux (art. 261bis CP, art. 171c CPM)<sup>329</sup>. En font partie l'incitation à la haine ou à la discrimination (al. 1), la propagation d'une idéologie raciste (al. 2), les actes préparatoires dans le domaine de la propagande raciste ainsi que le rabaissement discriminatoire de personnes ou groupes de personnes (al. 4, 1re moitié de la phrase), ainsi que la négation, la minimisation grossière ou la justification de génocides ou autres crimes contre l'humanité (al. 4, 2e moitié de la phrase). A notre avis, les éléments constitutifs correspondants doivent être interprétés conformément au droit international – au sens des art. 19 et 20 du Pacte II de l'ONU et de l'art. 4 CERD.

- Incitation à la haine: celui qui, publiquement, *incite à la haine* envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse est puni d'une peine pécuniaire ou d'une peine privative de liberté. Il s'agit d'expressions qui produisent intentionnellement une attitude fondamentale hostile à des groupes de personnes en attisant certaines émotions<sup>330</sup>.
- Incitation à la discrimination: celui qui, publiquement, *incite à la discrimination* envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse est également puni d'une peine pécuniaire ou d'une peine privative de liberté, conformément à l'al. 1. Sont concernées des expressions qui appellent ou incitent explicitement à refuser certains droits à des personnes ou à les enfreindre<sup>331</sup>. En revanche, la critique de personnes déterminées est admise, dans la mesure où le comportement évoqué n'est pas reproché de manière indifférenciée à tout un groupe d'individus. Il convient de noter que l'interprétation de l'art. 261bis CP (et de l'art. 171c CPM) tient compte de la liberté d'expression. Selon la jurisprudence de la CEDH et du Tribunal fédéral, le fait de pouvoir s'exprimer sur les questions politiques et les problèmes de la vie publique revêt une grande importance dans une démocratie. Il doit être possible de défendre des points de vue qui déplaisent à la majorité et que beaucoup considèrent comme choquants, et même d'exprimer, dans la vie

<sup>329</sup> Pour une vue d'ensemble, voir Naguib et al., ch. 1162 à 1192.

<sup>330</sup> ATF 123 IV 202.

<sup>331</sup> *Niggli*, ch. 724 ss.

quotidienne, des opinions irréfléchies et plutôt émotionnelles. Il est aussi permis d'exprimer des opinions déconcertantes, provocantes, dérangeantes, voire blessantes. Même les expressions racistes sont protégées par la liberté d'expression tant qu'elles ne franchissent pas le seuil de l'incitation à la haine<sup>332</sup>.

- Propagation d'idéologies: celui qui, publiquement, *propage une idéologie* visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique les membres d'une «race», d'une ethnie ou d'une religion est également puni d'une peine pécuniaire ou d'une peine privative de liberté. La condition posée pour cela est toutefois qu'un comportement contraire à l'honneur ou même criminel soit reproché de manière indifférenciée à une personne ou un groupe de personnes<sup>333</sup>.
- Négation de génocides ou de crimes contre l'humanité: celui qui, publiquement, nie, minimise grossièrement ou cherche à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité enfreint l'al. 4 (2<sup>e</sup> partie de la phrase) de la norme pénale contre le racisme<sup>334</sup>.
- Actions de propagande: enfin, il convient de préciser que les actions de *préparation de propagande raciste* sont aussi interdites par le droit pénal. Celui qui participe à l'organisation ou à l'encouragement d'actions de propagande dans le but d'inciter à la haine ou à la discrimination, de propager des idéologies racistes ou de nier des génocides ou des crimes contre l'humanité enfreint l'al. 3 de la norme pénale contre le racisme<sup>335</sup>. Il n'est toutefois pas possible d'affirmer de manière univoque que ces actions peuvent être rattachées à la notion de discours de haine. A notre avis, les actions de préparation devraient déjà être considérées comme des actes de discours de haine, puisque l'effet dissuasif s'en trouverait fortement renforcé.

#### 4. Résumé

Notion: fr. discours de haine; all. Hassrede<sup>336</sup>; it. dichiarazioni di odio; angl. hate speech.

Bases légales: le *discours de haine* n'est pas défini clairement en tant que notion juridique. Il n'a pas de base légale explicite dans les actes pertinents du droit international ou du droit

<sup>332</sup> Voir en particulier CEDH, *Nur Radyo Ve Televizyon Yayincılığı A.Ş. c. Turquie*, no 6587/03 (2007) ch. 30; ATF 131 IV 23, consid. 2.1; 117 IV 27, consid. 2c.

<sup>333</sup> ATF 123 IV 202; 126 IV 20.

<sup>334</sup> ATF 131 IV 23.

<sup>335</sup> *Schleiminger Mettler*, Basler Kommentar, ch. 43 ss. sur l'art. 261bis CP; ATF 123 IV 202; 126 IV 20.

<sup>336</sup> Synonymes en allemand: Hasssprache, Volksverhetzung.

constitutionnel; en revanche, on le décrit parfois en le limitant à certaines formes de discours<sup>337</sup>. En ce qui concerne le droit international, certaines formes ou sous-catégories de *discours de haine* se sont établies, par exemple avec la notion d'*appel à la haine nationale, raciale ou religieuse* à l'art. 20 du Pacte II de l'ONU ou dans le cadre du *discours de haine raciste* à l'art. 4 CERD (voir à ce sujet le chap. 5.B.2.). La pratique et la doctrine ne se sont penchées que de manière très restreinte sur la notion de *discours de haine*. De nombreux actes légaux nationaux contiennent cependant des dispositions qui punissent l'appel à la discrimination, à la haine ou à la violence contre des groupes déterminés, ou qui les sanctionnent dans le droit civil.

Signification: en s'appuyant sur la soft law et sur les réglementations nationales, on peut dire que le discours de haine désigne une <sup>1</sup>*expression* <sup>2</sup>*avisant un individu ou un groupe d'individus définis* ou une expression <sup>2b</sup>*concernant une personne ou un groupe de personnes* qui – <sup>3</sup>*de manière discriminatoire* – <sup>4</sup>*arabaisse ces personnes dans leur dignité humaine* ou <sup>4b</sup>*diffame* ces groupes de personnes. Une condition supplémentaire est qu'il existe un danger concret et univoque que des <sup>5a</sup>*sentiments hostiles* ou des <sup>5b</sup>*formes agressives de discrimination ou de stigmatisation* de ces groupes soient <sup>6</sup>*encouragés* dans la population.

- <sup>1</sup> On entend par *expression* tout discours, geste ou tout comportement se manifestant par la parole, l'écrit, le signe, l'image, la mimique ou autre. Pour reprendre des notions de la linguistique et de la philosophie du langage, on peut dire qu'il s'agit d'un acte de langage présentant un caractère performatif, autrement dit d'une expression susceptible de déclencher une réaction chez le destinataire.
- <sup>2a</sup> Il s'agit d'une expression qui vise consciemment et volontairement un individu ou plusieurs individus définis, qui présentent effectivement ou hypothétiquement une caractéristique pouvant faire l'objet d'une discrimination.
- <sup>2b</sup> Il s'agit d'une expression concernant un collectif – au sens de plusieurs personnes non individualisées – parce que celles-ci présentent une caractéristique pouvant faire l'objet d'une discrimination (voir chap. 4.C.4.).
- <sup>3</sup> Une expression est faite *de manière discriminatoire* lorsqu'elle défavorise la personne parce que celle-ci présente effectivement, ou qu'on lui attribue, des dimensions sur lesquelles se fonde la discrimination. Ces motifs de discrimination incluent les caractéris-

<sup>337</sup> Par exemple à l'art. 20 du Pacte II de l'ONU: *tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence.*

tiques mentionnées explicitement dans les dispositions juridiques spécifiques<sup>338</sup>. En font également partie les caractéristiques sur la base desquelles les groupes concernés ou les personnes qui présentent effectivement ou hypothétiquement les propriétés de ces groupes sont exposés à la stigmatisation ou à l'exclusion.

- <sup>4a</sup> *Des personnes sont abaissées dans leur dignité humaine* lorsqu'on leur refuse a priori l'égalité en droit ou la jouissance de droits, ou qu'on ne leur reconnaît pas la même valeur qu'aux autres.
- <sup>4b</sup> *Diffamer*, c'est diffuser publiquement des affirmations mensongères ou déformant la réalité en ce qui concerne des qualités ou des comportements contraires à l'honneur ou illicites.
- <sup>5a</sup> Les *sentiments hostiles* sont le fait de ressentir de l'aversion.
- <sup>5b</sup> Par *formes agressives de discrimination*, on entend des formes de discrimination qui induisent à leur tour un *discours de haine*, de la violence ou une discrimination systématique dans l'accès aux ressources.
- <sup>6</sup> Pour qu'il y ait *discours de haine*, il faut que des sentiments hostiles et des formes agressives de discrimination tels que définis aux chap. 4.D. et 4.D.1. puissent être provoqués avec une certaine probabilité dans certaines parties de la population au moins. En revanche, il n'est pas nécessaire que ces sentiments ou cette discrimination soient effectivement déclenchés ou qu'il y ait intention d'obtenir ces effets.

Questions en suspens: selon la pratique et la doctrine du domaine de la soft law, les points mentionnés ci-après doivent encore être clarifiés ou sont réglementés différemment selon les dispositions nationales:

- les critères précis permettant de distinguer entre les expressions discriminatoires faites en public qui sont protégées par la liberté d'expression et celles qui ne sont pas;
- la question de savoir s'il faut que l'expression ait effectivement engendré de la haine, de la discrimination ou de la violence ou s'il suffit qu'il existe une certaine probabilité qu'elle induise un sentiment de haine ou une discrimination, et le cas échéant quel est ce degré de probabilité;
- la question de savoir si une intention doit être à l'origine de l'effet d'incitation ou si un effet incitatif non intentionnel suffit;

<sup>338</sup> P. ex. à l'art. 2, al. 2, du pacte I de l'ONU, à l'art. 2, al. 1, du pacte II de l'ONU, à l'art. 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ou à l'art. 8, al. 2, Cst.

- la question de savoir si l’acte de langage doit avoir lieu en public et, le cas échéant, comment il convient de définir la notion de *publicité*;
- la mesure dans laquelle les actions qui servent à préparer des crimes de *discours de haine* dans l’espace public doivent être considérées comme une forme de *discours de haine* préparatoire;
- enfin, les avis divergent aussi quant à la nécessité de protéger plus fortement certaines formes de discours (en particulier les discours artistique et scientifique).

## B. National, racial, religious hatred

### 1. Genèse et acceptions scientifiques

La catégorie conceptuelle *national, racial, religious hatred* (haine nationale, raciale, religieuse) tire ses origines d’un contexte bien spécifique, puisqu’elle est issue de l’art. 20, al. 2, du Pacte II de l’ONU. C’est en 1966 que la notion de *haine nationale, raciale, religieuse* a été inscrite pour la première fois de manière explicite, avec l’adoption du Pacte II de l’ONU, et elle a pris ensuite une valeur contraignante en 1976 avec l’entrée en vigueur de ce traité: *tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l’hostilité ou à la violence est interdit par la loi*<sup>339</sup>. La convention CERD a également joué un rôle important dans la définition de cette notion. Dans ce contexte, on constate que l’expression *racial, religious, national hatred*, en tant que telle, n’a regagné en importance que récemment, avec les débats sur la difamation of religion lancés à partir des années 2000; en revanche, les termes spécifiques *racial hatred* et *religious hatred* ont continué à se développer, non seulement en raison de la jurisprudence de la CEDH et des organes de suivi, mais aussi dans le cadre de la pratique et de la politique du domaine des droits humains<sup>340</sup>:

La notion de *haine raciale* est apparue pour la première fois dans un contexte juridiquement contraignant avec l’entrée en vigueur de la convention CERD en 1969. En outre, le phénomène de la haine raciale a été introduit dans des ordres juridiques nationaux, notamment dans les Etats anglo-saxons (en particulier dans le droit des Etats-Unis et de l’Australie). Il y a déjà été défini et concrétisé comme élément constitutif d’une infraction dans les années 1960 déjà,

<sup>339</sup> Art. 20, al. 2, du Pacte II de l’ONU.

<sup>340</sup> Voir à ce sujet le Plan de Rabat.

même si d'autres termes sont parfois utilisés, comme racial vilification (diffamation raciste). Selon Gibson, le terme *racial vilification* recouvre *all acts, conduct, behaviour or activity involving the defamation of individuals and groups on the ground of their colour, race or ethnic or national origins, as well as those which constitute the incitement or stirring up of hatred or other emotions of hostility and enmity against individuals and groups on the ground of their colour, race or ethnic or national origins*<sup>341</sup>.

La *haine religieuse* a quant à elle été discutée abondamment en tant que notion juridique à la suite des attentats terroristes contre le World Trade Center le 11 septembre 2001<sup>342</sup>. Il s'agissait d'une part de mettre davantage en évidence les actions de haine motivées par la religion (religiously aggravated offences). Cela concerne pour l'essentiel les faits de harcèlement: *Harassment [... as] a subjective and unpredictable allegation and the creation of religiously aggravated harassment offences [that] provide a mechanism for the bringing of prosecutions by every religious extremist or cult which feels it has somehow been harassed*. D'autre part, la notion de haine religieuse vise aussi, en l'absence de motifs religieux, l'incitation à la haine, à la discrimination ou à la violence lorsqu'elle est fondée sur l'appartenance religieuse ou concerne certains groupes religieux spécifiques (*incitement to hatred on the grounds of religion*). Sont notamment concernés les *verbal and physical attacks* contre les personnes de certaines religions, les bâtiments ou les rites religieux, de même que les appels à la haine, à la discrimination ou à la violence contre ces personnes, ces établissements ou ces rites.

## 2. Situation juridique

Il n'existe pas jusqu'ici de définition juridique universellement acceptée de la «haine nationale, raciale, religieuse». La jurisprudence internationale et nationale reste maigre, elle se développe au cas par cas et les diverses décisions sont très hétérogènes et vagues, s'appuyant sur des interprétations parfois très étroites et parfois très larges<sup>343</sup>. Ce n'est guère qu'au niveau général et abstrait qu'on peut tenter de s'approcher d'une définition conceptuelle: si l'on se fonde sur l'art. 20, al. 2, du Pacte II de l'ONU, sur l'art. 4, let. a, en lien avec l'art. 1, CERD et sur la jurisprudence de la CEDH, le terme de haine désigne un sentiment fondamentalement hostile de supériorité qui, par définition, se rapporte à un groupe de personnes exposées à la stigmatisation et à la discrimination dans la société. D'autres indications peuvent être tirées

<sup>341</sup> Gibson J., The issue of racial vilification, Law Institute Journal, vol. 64, no. 8, p. 709-13.

<sup>342</sup> Voir notamment Why a religious hatred law would harm religious liberty and freedom of speech, Anti-terrorism, Crime and Security Bill: Part 5.

<sup>343</sup> Plan d'action de Rabat, par. 14 ss.

des Principes de Camden sur la liberté d'expression et l'égalité, qui définissent les termes *haine* et *hostilité* comme des *manifestations intenses et irrationnelles d'opprobre, d'hostilité ou de détestation envers le groupe visé* (Principe 12). Par conséquent, la haine raciale affecte des personnes en raison de leur race, de leur couleur de peau, de leur origine, de leur nationalité ou de leurs coutumes (voir aussi chap. 2.A.4.); la haine religieuse se fonde sur des questions de vision du monde religieuse ou irréligieuse; quant à la *haine nationale*, elle vise les coutumes et la nationalité.

Selon l'art. 20, al. 2, du Pacte II de l'ONU, la *haine nationale, raciale ou religieuse* se caractérise par le fait qu'elle appelle à la discrimination, à l'*hostilité ou à la violence*. Cet *appel* sous-entend qu'il y a *intention de promouvoir la haine publiquement envers le groupe visé*. Selon l'art. 4, let. a, de la convention CERD, ne sont admises ni la *diffusion d'idées* (racistes, nationalistes ou hostiles à la religion), ni l'*incitation à la discrimination raciale* (discrimination fondée sur la religion, discrimination d'une nation), ni les *actes de violence, ou provocation à de tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique, de même que toute assistance apportée à des activités racistes, y compris leur financement*. Le terme *incitation* se réfère à *des déclarations sur des groupes nationaux, raciaux ou religieux qui créent un risque imminent de discrimination, d'hostilité ou de violence envers des personnes appartenant à ces groupes*<sup>344</sup>. Il ne présuppose pas que l'occurrence de discriminations, d'hostilité ou de violence fondées sur le sentiment hostile soit effective. Il suffit que l'atmosphère créée favorise ou rende probable l'apparition de la haine, l'appel à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence<sup>345</sup>. Reid/Smith parlent d'*un climate in which more serious (...) violence is likely to be carried out*<sup>346</sup>.

Pour terminer, on peut constater que l'*appel à la haine nationale, raciale ou religieuse* recouvre des expressions à l'aide desquelles sont diffusées des idées de supériorité par rapport à certains groupes de personnes en raison de l'origine, de la nationalité, de l'appartenance ethnique, de la religion, des coutumes ou d'autres caractéristiques de celles-ci (par exemple la langue, la caste, etc.) ainsi que les expressions utilisées pour inciter à discriminer ces groupes.

<sup>344</sup> Article 19, The Camden-Principles on Freedom of Expression and Equality, Principle Nr. 12: [www.article19.org/data/files/pdfs/standards/the-camden-principles-on-freedom-of-expression-and-equality.pdf](http://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/the-camden-principles-on-freedom-of-expression-and-equality.pdf)

<sup>345</sup> Art. 20; Comité CERD, GC no 34 du 12.9.2011.

<sup>346</sup> *Sally Frances Reid/Russel G. Smith*, Regulating racial hatred, trends & issues in crime and criminal justice, Nr. 79, 1998, p. 2.



### 3. Pratique des autorités suisses

Aucune pratique spécifique aux autorités suisses n'a pu être déterminée en lien avec la notion de *haine nationale, raciale, religieuse*.

### 4. Résumé

Notion: fr. haine nationale, raciale, religieuse; all. nationalen, rassischen, religiösen Hass; angl. national, racial, religious hatred; it. odio nazionale, razziale, religioso.

Bases légales: la *haine nationale, raciale, religieuse* est une notion juridique bien connue, qui est ancrée explicitement<sup>347</sup> dans les accords internationaux pertinents<sup>348</sup>. Par ailleurs, on la retrouve sous des formes très variables et dans quelques actes juridiques nationaux. La pratique et la doctrine lui ont déjà donné des contours bien définis; certaines questions centrales ont notamment pu être réglées avec l'adoption de la Recommandation générale no 35 du Comité de la CERD.

Signification: si l'on se fonde sur le droit international, on entend à notre avis par *appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence* une <sup>1</sup>expression à l'aide de laquelle des <sup>2a</sup>idées de supériorité par rapport à des groupes de personnes <sup>3</sup>en raison de l'origine, de la nationalité, de l'appartenance ethnique, de la religion, des coutumes ou d'autres caractéristiques de celles-ci (telles que le phénotype, la langue, la caste, etc.) <sup>4a</sup>sont diffusées, ou une expression par laquelle <sup>4b</sup>on incite à la discrimination de ces groupes, en <sup>5</sup>favorisant un climat de dénigrement.

Le terme *haine nationale, raciale, religieuse* décrit une <sup>2a</sup>idée de supériorité souvent liée à un <sup>2b</sup>sentiment hostile par rapport à un groupe de personnes en raison de l'origine, de la nationalité, de l'appartenance ethnique, de la religion, des coutumes ou d'autres caractéristiques de celles-ci (par exemple la langue, la caste, etc.).

- <sup>1</sup> On entend par *expression* tout discours, geste ou tout comportement par la parole, l'écrit, le signe, l'image, la mimique ou autre. En se fondant sur la linguistique et la philosophie du langage, on peut dire qu'il s'agit d'un acte de langage présentant un caractère per-

<sup>347</sup> Par exemple à l'art. 4 de la convention CERD.

<sup>348</sup> Par exemple à l'art. 2, al. 2, du Pacte I de l'ONU, à l'art. 2, al. 1, du Pacte II de l'ONU, à l'art. 14 CEDH, à l'art. 8, al. 2, Cst.

formatif, autrement dit d'une expression susceptible de déclencher une réaction chez le destinataire.

- <sup>2a</sup> Une *idée de supériorité* désigne une représentation selon laquelle certaines personnes valent plus que d'autres ou doivent avoir davantage de droits.
- <sup>2b</sup> Cette idée a un caractère *hostile* lorsqu'elle est aussi liée à un sentiment d'agressivité.
- <sup>3</sup> Une idée de supériorité présente une dimension de *discrimination raciale* lorsque des personnes sont affectées ou subissent un préjudice en raison de leurs caractéristiques phénotypiques ou culturelles (voir aussi chap. 3.B.2.).
- <sup>4a</sup> L'action de *diffuser* désigne le fait de préconiser activement quelque chose dans l'espace public.
- <sup>4b</sup> L'action *d'inciter* décrit des efforts déployés activement pour induire des émotions ou une ambiance susceptibles de favoriser la violence ou d'autres formes agressives de discrimination.
- <sup>4b</sup> *Favoriser un climat de dénigrement* implique que l'idée de supériorité peut se manifester sous la forme de sentiments hostiles ou de violence, ou sous d'autres formes agressives de discrimination. Pour évaluer cette question, les aspects suivants doivent notamment être pris en compte: contenu et forme de l'expression, climat économique, social et politique, position ou statut de la personne qui parle, portée de l'expression et buts de celle-ci.

Questions en suspens: selon la pratique et la doctrine du domaine de la soft law, le point mentionné suivant doit encore être clarifié:

- les critères qualitatifs précis permettant d'évaluer si un *climat de dénigrement* existe. En revanche, les grandes lignes des critères permettant de comprendre ce qu'il faut entendre par *favoriser* ont déjà été définies (voir chap. 5.A.4.).

## C. Hate crime (également: biased crime)

### 1. Genèse et acceptions scientifiques

La notion de *hate crime* (ou de *biased crime*) est issue des mouvements de défense des droits civils ainsi que du droit pénal des années 1960 aux Etats-Unis. Elle désigne des actions punissables commises contre l'intégrité corporelle, la vie, l'intégrité, la liberté ou le patrimoine, actions qui reposent sur des préjugés (bias) envers certaines personnes en raison de caractéristiques sensibles effectives ou attribuées (par exemple la couleur de peau, l'origine, la natio-

nalité, la culture, la religion, le sexe, l'orientation sexuelle, l'apparence physique, le style de vie, etc.). Elle concerne aussi bien les actions d'un groupe dominant envers un groupe stigmatisé que les réactions d'un groupe discriminé envers les membres du groupe dominant<sup>349</sup> (concernant la notion de *haine* ou *hate*, voir le chap. 5.A.1.). Malgré certaines imprécisions, cette notion est utilisée en politique des droits humains, en droit et dans les sciences sociales<sup>350</sup>.

*Ces crimes haineux peuvent être compris as criminal conduct motivated in whole or part by a negative opinion or attitude toward a group of persons. Hate crimes involve a specific aspect of the victim's identity (e.g., race). Hate crimes are not simply biases, they are dangerous actions motivated by biases (e.g., cross burnings, physical assaults)*<sup>351</sup>. On a fait du crime haineux une notion juridique spécifique, car on a estimé que ce genre de crime pouvait déclencher un stress psychologique accru et spécifique chez la victime, qui pouvait générer divers problèmes de santé mentale.

## 2. Situation juridique

La notion de *crime haineux (hate crime)* n'est pas utilisée en droit international. Sa pertinence se limite aux ordres juridiques nationaux, et surtout à la législation des Etats-Unis. Même dans ce contexte, ce terme est inexact dans la mesure où il présuppose non pas la haine, mais des préjugés comme motifs des actions menées contre certains groupes<sup>352</sup>. Utilisée dans le débat spécialisé aux Etats-Unis, la désignation *biased crime* (infraction pénale induite par des préjugés, criminalité basée sur des préjugés) est par conséquent plus précise au plan analytique. Le *Hate Crime Report* de l'OSCE suit la même approche et définit cette notion comme suit: *The first element is that an act is committed that constitutes a criminal offence under ordinary criminal*

<sup>349</sup> Voir par exemple le jugement *State c. Mitchell*, 508 U.S. 476, 113 S. Ct. 2194, 124 L. Ed. 2d 436 (1993), dans lequel la Cour suprême des Etats-Unis devait examiner si le fait de condamner à une peine plus importante un jeune homme noir pour des lésions corporelles graves provoquées par haine à un garçon blanc de 14 ans constituait une violation de la liberté d'opinion et d'expression garantie par le Premier amendement.

<sup>350</sup> *McDevitt Jack/Williamson Jennifer*, Hate Crimes: Gewalt gegen Schwule, Lesben, bisexuelle und transsexuelle Opfer, in: Heitmeyer Wilhelm/Hagan John (éd.), Internationales Handbuch der Gewaltforschung, Wiesbaden 2002, p. 1000 ss.

<sup>351</sup> *Demore Diane*, The Psychology of Hate Crimes, Americal Psychological Association, 2009, disponible sous: <http://www.apa.org/about/gr/Issues/violence/hate-crimes-faq.pdf> (consulté le 1.2.2014), p. 1.

<sup>352</sup> OSCE-ODHIR Roundtable, Racism in the OSCE Region, Old Issues, New Challenges, Vienna, 20 March 2009, p. 11; communiqué de presse de l'OSCE du 22.2.2012, «OSCE Personal Representative urges participating States to take hate crimes against Muslims seriously», disponible sous: [www.osce.org/cio/88342](http://www.osce.org/cio/88342) (consulté le 2.11.2013); Personal Representative of the OSCE Chair-in-Office on Combating Racism, Xenophobia and Discrimination, also focusing on Intolerance and Discrimination against Christians and Members of Other Religions, Report to the OSCE Permanent Council, Vienna, 15.11.2012, p. 2 s., disponible sous: [www.osce.org/pc/97507](http://www.osce.org/pc/97507) (consulté le 20.8.2013).

*law. The second element is that the offender intentionally chooses a target with a protected characteristic. A protected characteristic is a characteristic shared by a group, such as «race», language, religion, ethnicity, nationality or any other similar common factor. For example, if a person is assaulted because of his or her real perceived ethnicity, this constitutes hate crime.*

En se fondant sur une comparaison juridique, Marcel A. Niggli définit cette notion de la manière suivante: *Hassverbrechen sind gewalttätige Akte gegen Personen oder Gruppen von Personen, die durch die Zugehörigkeit der Opfer zu einer bestimmten Gruppe motiviert sind. Hassverbrechen sind Straftaten (inklusive Delikte gegen Personen oder Sachen), bei welchem das Opfer, die Voraussetzungen oder das Ziel der Straftat aufgrund der wirklichen oder wahrgenommenen Bindung, Zugehörigkeit, Unterstützung oder Mitgliedschaft zu einer Gruppe, die wie folgt definiert wird, gewählt werden. Eine Gruppenbildung kann basieren auf der wirklichen oder wahrgenommenen Rasse, nationalen oder ethnischen Herkunft, Sprache, Hautfarbe, Religion, Geschlecht, Alter, Behinderung, sexuellen Orientierung oder einem ähnlichen Faktor*<sup>353</sup>.

Au plan légal, trois approches sont suivies pour appréhender les crimes haineux. D'une part, des éléments constitutifs qualifiants sont ajoutés aux divers éléments constitutifs (accroissement de la peine ou *penalty enhancement provision*, transformation du type d'acte de *délit à crime*)<sup>354</sup>. D'autre part, des éléments constitutifs spécifiques sont définis<sup>355</sup>. Enfin, les effets et les motifs sont pris en compte lors de la détermination de la peine<sup>356</sup>. Le rapport de l'OSCE concernant les crimes haineux tend à favoriser la première approche: *Hate crimes always require a base offence to have occurred. If there is no base offence, there is no hate*

<sup>353</sup> *Sotiriadis Georgios*, Brauchen wir sanktionsrechtliche Normen, damit Hate Crimes von der Strafjustiz angemessen beurteilt werden?, KJ 3/2014; *Niggli Marcel A.*, Rassendiskriminierung. Ein Kommentar zu Art. 261bis StGB und Art. 171c MStG. Mit Rücksicht auf das Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und die entsprechenden Regelungen anderer Unterzeichnerstaaten, 2., édition revue et augmentée, p. 82 ss.; voir aussi les définitions dans *Jacobs James B./Potter Kimberly*, Hate Crimes. Criminal law and identity politics, New York/Oxford 1998; *McClintock, Michael*, Everyday fears. A survey of violent hate crimes in Europe and North America, disponible sous: <http://www.humanrightsfirst.org/discrimination/pdf/everyday-fears-intro-080805.pdf> (consulté le 1.2.2014); *Coester Marc*, Das Konzept der Hate Crimes aus den USA unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsextremismus in Deutschland, 2008.

<sup>354</sup> Voir par exemple les pays suivants: Andorre, Arménie, Australie, Azerbaïdjan, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grande-Bretagne, Italie, Suède (compilé dans *McClintock Michael*, Everyday Fears: A Survey of Violent Hate Crimes in Europe and North America, Humanrights.org (consulté le 30.9.2013)).

<sup>355</sup> Voir par exemple les pays suivants: Allemagne, Bosnie et Herzégovine, Bulgarie, Croatie, Etats-Unis, Géorgie, Grèce, Hongrie, Irlande, Kirghizistan, République tchèque, Suisse.

<sup>356</sup> Voir *Naguib et al.*, ch. 1157 ss., 1219 s.

*crime*. Cette approche ne correspond toutefois pas à celle retenue dans le domaine des droits humains, fondée par exemple sur la convention CERD, parce qu'elle fait dépendre la notion de crime haineux des systèmes pénaux nationaux.

### 3. Pratique des autorités suisses

Aucune pratique établie n'a pu être déterminée en lien avec la notion de crime haineux. La saisie des motifs racistes dans la Statistique policière de la criminalité (SPC)<sup>357</sup> représente une exception, au même titre qu'un arrêt du Tribunal fédéral datant de 2007, qui considère l'*intention de discriminer* comme un motif d'aggravation de la peine. Selon cette décision, lors de la révision d'une condamnation pour lésions corporelles graves multiples (se limitant dans certains cas à une tentative), la peine décidée peut le cas échéant être aggravée du fait que *der Beschwerdeführer diese Delikte tatsächlich aus rassistischen beziehungsweise fremdenfeindlichen und somit besonderes verwerflichen Beweggründen verübte und dass die Opfer die Gewalttätigkeiten als rassistische Akte empfanden, wodurch sie zusätzlich in besonderem Masse gedemütigt wurden*<sup>358</sup>. La condition posée est toutefois que le motif raciste soit identifiable comme tel soit dans la perspective d'un observateur tiers objectif, soit par la victime elle-même<sup>359</sup>.

### 4. Résumé

Notion: fr. crime haineux; all. Verbrechen aus Hass<sup>360</sup>; angl. hate crime<sup>361</sup>; it. crimini d'odio.

Bases légales: la notion de crime haineux n'est pas établie dans le droit international. Elle n'est pas ancrée non plus dans les actes pertinents du droit international ou constitutionnel. Le phénomène est en revanche abordé dans le cadre de conférences internationales (en particulier à l'OSCE). La pratique et la doctrine ne se penchent sur sa signification que de manière limitée. C'est surtout dans le droit pénal des Etats-Unis, où on le trouve aussi sous la désignation *biased crime*, que ce terme est utilisé comme notion juridique.

<sup>357</sup> Voir à ce sujet: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/19/03/02/key/01.html> (consulté le 1.2.2014).

<sup>358</sup> ATF 133 IV 308, consid. 9.4; voir aussi Naguib et al., Diskriminierungsrecht, ch. 1222.

<sup>359</sup> Pour tenir compte tant de l'effet punitif que de l'effet préventif de la sanction.

<sup>360</sup> Egalement: Hassverbrechen.

<sup>361</sup> Egalement: Biased Crime.

Signification: sur la base du droit pénal des Etats-Unis, le crime haineux est à notre avis une action <sup>1a</sup>*punissable* ou <sup>1b</sup>*condamnable* contre l'intégrité corporelle, la vie, l'intégrité psychique, la liberté, le patrimoine ou d'autres biens juridiques protégés par le droit pénal, action qui se fonde sur des <sup>2</sup>*préjugés discriminatoires* <sup>3</sup>*envers des individus ou des groupes*.

- <sup>1a</sup> Définie comme élément constitutif d'une infraction par l'ordre juridique national.
- <sup>1b</sup> Définie comme condamnable par le droit international (p. ex. l'art. 4 CERD) ou par la doctrine pénale.
- <sup>2</sup> Nous entendons ici par *préjugé* une attitude par rapport à des groupes reposant, au plan cognitif, sur des stéréotypes et au plan affectif sur des sentiments négatifs. Cette attitude n'implique pas forcément de sentiment de haine. Les préjugés se fondent sur un motif de discrimination. Font partie de ces motifs, d'une part les caractéristiques mentionnées explicitement dans les dispositions concernées, et d'autre part les caractéristiques sur la base desquelles se fondent la stigmatisation ou l'exclusion.

Questions en suspens: selon la jurisprudence et la doctrine du domaine de la soft law, les points mentionnés ci-après doivent encore être clarifiés ou sont réglementés différemment selon les dispositions nationales:

- la question de savoir si la classification d'une action punissable comme crime haineux est de nature accessoire – et qu'elle se rapporte donc à des éléments déjà constitutifs d'une infraction – ou si les crimes haineux peuvent aussi être considérés comme des délits indépendants (p. ex. selon l'art. 261bis, al. 2, CP);
- la mesure dans laquelle les actions de préparation – autrement dit les actions qui servent à préparer des crimes haineux dans l'espace public – doivent être considérées comme des crimes haineux.

## 6. Intolerance: «... related intolerance»

### A. «... Related intolerance»

#### 1. Genèse et acceptions scientifiques

La notion d'«intolérance associée» est le fruit du débat que les défenseurs des droits humains ont consacré à la lutte contre la discrimination raciale. Elle se compose du terme d'«intolérance», qu'elle met en rapport avec le phénomène de la discrimination raciale («associée»). Tant du point de vue *étymologique et philosophique* que dans le *langage courant*, l'intolérance désigne, par opposition au vocable latin *tolerare* (tolérer, supporter, endurer), le fait de ne pas accepter les convictions, les modes de comportement et les mœurs d'autrui ou de faire preuve d'intransigeance face à ces derniers<sup>362</sup>. Le terme d'«associée» fait référence au mandat du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie *et de l'intolérance qui y est associée*, de sorte que la notion d'«intolérance associée» ne saurait s'entendre sans cette référence. Elle a été principalement créée pour tenir compte de nouvelles formes ou de nouveaux phénomènes liés au racisme ou à l'exclusion dans la réalité sociale.

#### 2. Situation juridique

Le Rapporteur spécial des Nations Unies a pour mandat de s'occuper non seulement du racisme, de la discrimination raciale et de la xénophobie, mais aussi de l'intolérance qui leur est associée («intolérance associée»)<sup>363</sup>. L'ECRI s'est dotée de statuts qui lui enjoignent également d'agir non seulement contre le racisme, mais aussi contre l'intolérance<sup>364</sup>. Il en va de même du représentant personnel de l'OSCE, qui doit intervenir tant contre le racisme, la xénophobie et la discrimination que contre l'intolérance et la discrimination dont sont victimes les chrétiens et les personnes qui professent d'autres religions<sup>365</sup>. Si aucun des trois mandats ne contient d'explication précise de la notion d'«intolérance associée» ou d'«intolérance», une analyse rapide des documents auxquels nous faisons référence permet, au gré des situations, de formuler les définitions et les délimitations suivantes:

Dans le mandat du Rapporteur spécial des Nations Unies, l'ajout «intolérance associée» englobe toutes les formes de stigmatisation, d'exclusion et d'inégalité de traitement qui frappent les groupes rendus vulnérables (*vulnerable groups*) par le rejet de l'immigration, peu

<sup>362</sup> Sur la notion de tolérance, cf. notamment *Teichert Dieter*, Toleranz, in: Mittelstrasse Jürgen (éd.), 4<sup>e</sup> vol., 1996.

<sup>363</sup> CDH, Rés. 67/154 du 26.3.2013, U.N. Doc. A/HRC/23/24.

<sup>364</sup> Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Rés. (2002)8 du 25.7.2013.

<sup>365</sup> Représentant personnel, rapport du 15.11.2012 à l'intention du Conseil permanent de l'OSCE, p. 4 s.

importe que la discrimination puisse être qualifiée de discrimination raciale ou de xénophobie. Les victimes en sont des groupes particulièrement susceptibles d'être accusés de tous les maux de la société (chômage, criminalité, dettes, prestations sociales lacunaires, etc.) du fait de leur statut migratoire. Il s'agit notamment des minorités, des étrangers, des migrants (avec ou sans permis de séjour), des réfugiés et des requérants d'asile<sup>366</sup>.

Par ailleurs, la notion d'«intolérance associée» englobe aussi, dans notre opinion, des formes d'intolérance pluridimensionnelles<sup>367</sup>. Si l'on se réfère à la notion de discrimination multiple ou d'intersectionnalité, l'intolérance associée pluridimensionnelle est une attitude intolérante reposant sur des considérations de *race, de couleur, d'ascendance ou d'origine nationale ou ethnique* qui se conjugue à d'autres traits identitaires (*fondées sur d'autres motifs connexes, dont une discrimination pour des raisons de sexe, de langue, de religion, d'opinions politiques ou autres, d'origine sociale, de fortune, de naissance ou de statut*)<sup>368</sup>, *due to the recognition that many people are victims of multiple forms of discrimination. Related intolerance literally refers to forms of intolerance that are connected to the racial or ethnic background of an individual or a group. It is the combination of racism, racial discrimination or xenophobia with prejudice or discrimination on some other factor, such as gender, sexual orientation, disability, religion or language*<sup>369</sup>.

Enfin, il s'agit de se demander si les formes d'intolérance qui ne sont pas de nature raciste, ni ne concernent des groupes qui, du fait de leur nationalité (ou de leur statut de séjour), sont considérés comme étant en marge d'une communauté nationale doivent aussi être qualifiées d'intolérance associée. Ainsi, le Rapporteur spécial des Nations Unies signale, dans le rapport qu'il a présenté à l'Assemblée générale en avril 2014, «(...) l'importance de recueillir des statistiques précises et ventilées sur les crimes racistes, xénophobes *et homophobes*<sup>370</sup>»<sup>371</sup>. Il est toutefois encore trop tôt pour savoir s'il se dégage déjà une tendance à englober dans l'in-

<sup>366</sup> AG, rapport du 26.3.2013, U.N. Doc. A/RES/67/154, point de l'ordre du jour no 9; cf. aussi CDH A/HRC/23/24; Rapport du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée sur l'application de la résolution 67/154 de l'Assemblée générale, du 19.8.2013, U.N. Doc. A/HRC/23/24; AG, Note du Secrétaire général du 19.8.2013, U.N. Doc. A/68/333, par. 20 ss.

<sup>367</sup> Cf. AG, Note du Secrétaire général du 19.8.2013, U.N. Doc. A/68/333, par. 20 s.

<sup>368</sup> Déclaration de la Conférence de Durban (note 30), p. 5.

<sup>369</sup> Cf. <http://www.humanrights.gov.au/hrec-website-racial-discrimination-national-consultations-racism-and> (consulté le 2.2.2014).

<sup>370</sup> Mis en exergue par l'auteur.

<sup>371</sup> CDH, rapport du 10.4.2014, U.N. Doc. A/HRC/26/50, par. 20.



tolérance des attitudes et des actes discriminatoires qui n'ont pas de connotation raciste ou xénophobe.

### 3. Pratique des autorités suisses

Nous n'avons pas identifié de pratique en lien avec la notion d'«intolérance associée».

### 4. Résumé

Notion: fr. (...) intolérance qui y est associée; all. (...) damit verbundene Intoleranz; it. (...) intolleranza; angl. (...) related intolerance

Bases légales: la désignation «(Racism, racial discrimination, xenophobia and) «related intolerance»», soit l'intolérance associée (au racisme, à la discrimination raciale et à la xénophobie), n'est pas une notion juridique consacrée et elle ne figure pas dans les traités internationaux relatifs au racisme. Elle est ainsi uniquement mentionnée explicitement dans la soft law<sup>372</sup>. La jurisprudence et la doctrine ne traitent que superficiellement la question de savoir ce qu'il faut entendre par intolérance associée. En particulier, on ne sait pas dans quelle mesure cette notion a une acception propre, distincte des notions de discrimination et de discrimination raciale inscrites dans le droit international, et de la notion de xénophobie, ou quel est son rapport avec ces notions. Il est permis de douter que la notion d'«intolérance associée» ait sa propre signification, en marge de celles de xénophobie et de discrimination raciale (uni et pluridimensionnelle). La question de savoir si des formes de discrimination ne relevant pas de la discrimination raciale peuvent aussi être qualifiées d'intolérance associée (comme la discrimination dont sont victimes les membres de la communauté LGBTQI) n'a pas non plus été complètement tranchée.

Signification: dans la soft law, l'intolérance associée désigne à notre avis le <sup>1</sup>sentiment ou l'attitude qui consiste à <sup>2a</sup>ne pas reconnaître les mêmes droits ou à <sup>2b</sup>contester l'accès aux ressources à des personnes perçues comme <sup>3</sup>autres ou étrangères ou comme une menace pour le bien-être et la prospérité de la population majoritaire.

L'intolérance associée touche en particulier des personnes qui, en raison de leur <sup>4a</sup>statut de séjour précaire ou du fait qu'elles sont issues de l'immigration, en raison de leur <sup>4b</sup>origine ou

<sup>372</sup> Par exemple dans le mandat du Rapporteur spécial des Nations Unies sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée.

de leur nationalité ou encore en raison de leur <sup>4c</sup>statut de minorité dans un Etat, courent un risque accru d'être accusées d'être à l'origine des problèmes de la société. Au surplus, la notion d'intolérance associée englobe des formes d'intolérance pluridimensionnelles, dont sont victimes des groupes stigmatisés et qui font aussi intervenir d'autres motifs de discrimination.

- <sup>1</sup> Il s'agit d'une attitude de rejet, d'exclusion ou d'hostilité.
- <sup>2a</sup> On conteste aux victimes, par principe, la jouissance des mêmes droits que les autres habitants du pays.
- <sup>2b</sup> On conteste aux victimes, par principe, l'accès sur pied d'égalité aux ressources structurelles, politiques, culturelles et sociales.
- <sup>3</sup> Est considérée comme autre ou étrangère toute personne qui, en raison d'attributs psychiques, physiques, sociaux et culturels importants, est perçue comme différente ou comme une menace par la population résidante majoritaire, et par conséquent considérée comme inadaptée, voire indésirable.
- <sup>4a</sup> En sont victimes en particulier les personnes sans statut de séjour (sans-papiers), les requérants d'asile, les réfugiés, les personnes admises à titre provisoire, les ressortissants étrangers, les personnes issues de l'immigration ainsi que les gens du voyage, Roms et Sintés étrangers. L'intolérance associée englobe aussi des formes de discrimination raciale pluridimensionnelle, qui touchent en particulier les femmes et les enfants.
- <sup>4b</sup> On entend par là non seulement la nationalité, mais aussi le continent, la région ou le lieu d'origine.
- <sup>4c</sup> Font partie des *minorités dans un Etat* des groupes bénéficiant d'une autonomie juridique partielle au sein d'un pays, qui s'identifient eux-mêmes comme une minorité en raison d'attributs ethnoculturels ou qui sont qualifiés de telle par le groupe majoritaire (groupes indigènes, ressortissants étrangers, par ex.).

Questions en suspens: en l'état, la pratique et la doctrine sur la soft law n'apportent pas de réponses claires sur les sujets suivants:

- le rapport entre la notion d'intolérance associée et celles de racisme, de discrimination raciale et de xénophobie;
- la mesure dans laquelle l'intolérance associée englobe aussi des formes de discrimination et d'hostilité que l'on ne peut ranger parmi les manifestations du racisme, de la discrimination raciale ou de la xénophobie.

## 7. Defamation: defamation of religion

### A. Defamation of religion

#### 1. Genèse et acceptions scientifiques

*Étymologiquement*, le terme *diffamation* provient du latin *diffamare* (répandre des rumeurs). Dans le *langage courant* en Suisse romande, alémanique et italienne, la *diffamation* est comprise comme de la calomnie, comme des affirmations mensongères et négatives exprimées au sujet de tiers. Le Black's Law Dictionary définit la *defamation* comme un *act of harming the reputation of another by making a false statement to a third person*. Le terme religion désigne quant à lui un système – organisé au plan institutionnel – de croyance en des valeurs de nature transcendante propres à diriger la vie; il inclut les institutions, les personnes chargées de fonctions spécifiques et les contenus de ce système. En font partie les religions fortement représentées dans le monde (comme le christianisme, le judaïsme, le bouddhisme, l'hindouisme, etc.), mais aussi celles dont les membres ne constituent que de petites minorités. La notion de religion recouvre par ailleurs aussi l'athéisme et la compréhension agnostique du monde. Ainsi, la *defamation of religion* (diffamation des religions) désigne au sens étymologique la diffusion d'affirmations inexactes ou présentant une religion et ses adeptes sous une lumière particulièrement négative.

Dans le contexte considéré, la genèse de la notion de *diffamation des religions* est toutefois étroitement liée à deux revendications politiques centrales des Etats musulmans: d'une part, accorder davantage de place à la religion en tant que telle dans les traités relatifs aux droits humains<sup>373</sup>; d'autre part, répondre à la nette augmentation de la discrimination dont sont victimes les musulmans, ainsi qu'à la progression marquée de la stigmatisation, des stéréotypes négatifs et de la diffamation dont l'islam fait l'objet depuis les événements du 11 septembre 2001<sup>374, 375</sup>. En 2002, l'Organisation de la Conférence islamique (OCI) a demandé à ce que ce nouveau concept de *diffamation des religions* soit inscrite au programme politique des Nations Unies. Ce terme a été utilisé par certains Etats musulmans à partir de 1999, dix-huit ans après que l'OCI, lors de la réunion qui a rassemblé ses fondateurs en 1981, s'est plainte *de media*

<sup>373</sup> A ce sujet, voir *Langer Lorenz*, Religious Considerations of International Legal Discourse – The Example of Religious Defamation, in: *Frick Marie-Luisa/Müller Andreas Th.*, Islam and International Law. Engaging Self-Centrism from a Plurality of Perspectives, p. 269 ss.;

<sup>374</sup> Attentats terroristes de l'organisation islamiste Al-Qaïda contre le World Trade Center de New York le 11 septembre 2001.

<sup>375</sup> Voir aussi CDH, Rés. 1999/82 du 30.4.1999, par. 1 à 3; CDH, Rés. 7/19 du 27.3.2008, par. 3, 5 s.

*campaigns aimed at isolating, misleading, slandering and defaming our nation*<sup>376</sup>. Par ailleurs, les caricatures de Mahomet diffusées dès 2005 ainsi que les clips vidéo sur Mahomet *The Innocence of Muslims* publiés en 2012 ont incité à accroître les efforts déployés au plan politique<sup>377</sup>.

Ces efforts de lobbying ont pour but d'obtenir un consensus parmi les membres des Nations Unies afin de condamner la *diffamation des religions* et de lutter contre les expressions menant à la discrimination, à l'extrémisme, au durcissement des positions et à la fragmentation (*to prohibit expression that would fuel discrimination, extremism and misperception leading to polarization and fragmentation with dangerous unintended and unforeseen consequences*<sup>378</sup>). Le but des Etats musulmans est aussi de faire condamner les caricatures de Mahomet et les films similaires *as an example of incitement to hatred and discrimination against Muslims* et donc comme violation des droits de l'homme<sup>379</sup>. Entre 2002 et 2012, de nombreuses résolutions ont été proposées à ce sujet. Elles ont été régulièrement approuvées par une majorité des Etats musulmans et rejetées par les Etats occidentaux. Depuis 2011, elles ont reçu moins de soutien ou ont même été ouvertement refusées par des Etats non occidentaux (d'Amérique latine et d'Asie, notamment)<sup>380</sup>.

Le refus systématique manifesté par les Etats occidentaux s'explique par le fait que la notion de *diffamation des religions* ne permettrait pas d'appréhender uniquement des violations des droits humains au sens de l'art. 20, al. 2, du Pacte II de l'ONU, comme la discrimination religieuse ou *l'appel à la haine nationale, raciale ou religieuse* ou encore *l'incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence*; au contraire, elle pourrait également couvrir toute expression qualifiée de *derogatory, stereotyping and stigmatization ou de dissemination[s]*

<sup>376</sup> OCI, Final Communiqué, First Islamic Summit Conference, Makkah (28.1.1981), par. 6.

<sup>377</sup> Voir *Temperman Jeroen*, Blasphemy, Defamation of Religions and Human Rights Law, *Netherlands Quarterly of Human Rights* (2008), p. 517.

<sup>378</sup> Voir Declaration by the Annual Coordination Meeting of Minister of Foreign Affairs of OIC Member States to Condemn the Sacrilegious Acts of Release of Defamatory video «Innocence of Muslims» and Publication of Offensive Caricatures of Prophet Muhammad (PHUB), 29.9.2012; Final Communiqué, Annual Coordination Meeting of the OIC Ministers of Foreign Affairs (New York), 29.9.2012.

<sup>379</sup> Declaration of the OIC Group in UNESCO on the Recent Attacks Against Islam Through the Film «The Innocence of Muslims» and the Publication of Caricatures in the French Magazine Charlie Hebdo, 5.10.2012.

<sup>380</sup> *Langer* (note 369), p. 270 s.

*of expressions by any type of media which 'negatively' portrays a whole religion*<sup>381</sup>. Ainsi, on prendrait en compte un élément bien trop subjectif et on appréhenderait également des affirmations critiques envers la religion, ce qui reviendrait à protéger non seulement certains groupes de personnes, mais aussi des institutions et leurs idéologies. Ce faisant, on risquerait de contrevenir à la liberté d'opinion, ancrée à l'art. 19 du Pacte II de l'ONU<sup>382</sup>. En outre, cela irait à l'encontre de la conception des droits humains ancrée à l'art. 20 du Pacte II, qui sanctionne la *haine religieuse* en tant qu'attaque contre des personnes – et non contre la religion elle-même, ses idées, ses institutions ou ses représentants<sup>383</sup>. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies indique aussi clairement aux Etats qu'ils devraient *consider the decriminalization of defamation* et que, *in any case, the application of the criminal law should only be countenanced in the most serious of cases and imprisonment is never an appropriate penalty. It is impermissible for a State party to indict a person for criminal defamation but then not to proceed to trial expeditiously – such a practice has a chilling effect that may unduly restrict*

<sup>381</sup> Pour tous ces aspects, voir *Gay McDougall*, CDH, Rapport de l'experte indépendante sur les questions relatives aux minorités, du 6.1.2006, U.N. Doc. E/CN.4/2006/74; CDH, Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la liberté de religion ou de conviction, du 6.1.2009, U.N. Doc. A/HRC/10/8; *Githu Muigai*, Rapport du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée, du 1.7.2009, A/HRC/12/38; CDH, Rapport du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée, du 2.9.2008, U.N. Doc. A/HRC/9/12; résumé dans *La lutte contre le dénigrement des religions*, Rapport du Secrétaire général à la 64<sup>e</sup> session de l'Assemblée générale, A/64/209, p. 9 ss.; voir aussi European Centre for Law and Justice (ECLJ), *Lutter contre la diffamation des religions*, Rapport soumis au Bureau du Haut-commissaire aux droits de l'homme des Nations Unies, juin 2008; *Paul Sturges*, *The Problem of Blasphemy and Defamation of Religion Laws*, éd. IFLA/FAIFE Spotlight; Freedom House, *Policing belief: the impact of blasphemy on human rights*, 2010, disponible sous: <http://www.freedomhouse.org/template.cfm?page=70&release=1262> (consulté le 2.2.2014).

<sup>382</sup> En juillet 2011, le Comité des droits de l'homme a adopté son Observation générale no 34, dans laquelle il souligne que les lois sur le blasphème et la diffamation sont incompatibles avec le Pacte II de l'ONU: *Les interdictions des manifestations de manque de respect à l'égard d'une religion ou d'un autre système de croyance, y compris les lois sur le blasphème, sont incompatibles avec le Pacte, sauf dans les circonstances spécifiques envisagées au paragraphe 2 de l'article 20 du Pacte. Ces interdictions doivent en outre respecter les conditions strictes énoncées au paragraphe 3 de l'article 19, et les articles 2, 5, 17, 18 et 26. Ainsi, par exemple, il ne serait pas acceptable que ces lois établissent une discrimination en faveur ou à l'encontre d'une ou de certaines religions ou d'un ou de certains systèmes de croyance ou de leurs adeptes, ou des croyants par rapport aux non-croyants. Il ne serait pas non plus acceptable que ces interdictions servent à empêcher ou à réprimer la critique des dirigeants religieux ou le commentaire de la doctrine religieuse et des dogmes d'une foi.*

<sup>383</sup> CDH, Observation générale no 34 du 12.9.2011, U.N. Doc. CCPR/C/GS/34, par. 50; CCPR, Observation générale no 22 du 4.7.1993, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rec.1/Add.4, par. 2; CDH, Rés. 15/18 du 21.3.2011, prmb. al. 7, 8, 11, par. 1; CDH, Rés. 16/18, para. 2, 5(g); voir également Langer (note 369), p. 280 ss.

*the exercise of freedom of expression of the person concerned and others*<sup>384</sup>. Ligabo Ambeyi, rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, met lui aussi en garde contre la tendance à sanctionner davantage<sup>385</sup>.

Les vifs débats qui ont eu lieu depuis 2002 au sujet de l'introduction de mesures juridiques sanctionnant la diffamation des religions ont eu un double effet: sur le plan du droit international, des limites plus claires ont été établies pour empêcher l'introduction de restrictions à la liberté d'opinion dans les cas situés en deçà du seuil de l'appel à la haine religieuse ou à la haine des religions; par ailleurs, certaines lois nationales (occidentales) sur le blasphème<sup>386</sup> ont fait l'objet de critiques croissantes, cela toutefois seulement après que les Etats musulmans ont porté ces questions sur la scène internationale<sup>387</sup>.

## 2. Situation juridique

Comme il n'existe pas, en droit international, de définition officielle de la notion de *diffamation des religions*, les seules références utilisables sont issues de la soft law ou se fondent sur les affirmations de divers diplomates. En 1999, la première résolution de la Commission des droits de l'homme (remplacée depuis par le Conseil des droits de l'homme) se référait dans son préambule au phénomène de la diffamation et mentionnait le fait que les religions soient stéréotypées de façon négative, *le fait que l'islam soit faussement associé aux violations des droits de l'homme et au terrorisme, ainsi que l'incitation à des actes de violence, à la xénophobie ou à l'intolérance qui y est associée et à la discrimination à l'égard de l'islam ou de toute*

<sup>384</sup> Voir CCPR, *Kankanamge c. Sri Lanka*, Communication no 909/2000; voir également CCPR, Observations finales concernant l'Italie, U.N. Doc. CCPR/C/ITA/CO/5; Observations finales concernant l'ex-République yougoslave de Macédoine, U.N. Doc. CCPR/C/MKD/CO/2. La jurisprudence internationale accorde toutefois aux Etats une marge de manœuvre relativement importante en matière de sanctions frappant les personnes ayant porté atteinte à des sentiments religieux (CEDH, I.A. c. *Turquie*, no 42571/98; *Giniewski c. France*, no 64016/00; *Albert-Engelmann Gesellschaft mbH c. Autriche*, no 46389/99).

<sup>385</sup> CDH, Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression du 7.3.2008, UN Doc. A/HRC/7/14, par. 40.

<sup>386</sup> *Langer* (note 369), p. 287.

<sup>387</sup> Pour une vue d'ensemble, voir *Human rights first* (éd.), *Blasphemy Laws Exposed. The Consequences of Criminalizing «Defamation of Religions»*, mise à jour de mars 2012; voir aussi Etude du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur les lois et la jurisprudence pertinentes actuelles concernant la diffamation et le mépris des religions, U.N. Doc. A/HRC/9/25. Concernant l'art. 261 CP, voir BSK *Strafrecht II-Fiolka Gerhard*, art. 261 N 1 ss.; *J.B. Ackermann J.B.*, *Satire und Strafrecht, Rechtliche und tatsächliche Aspekte bei der Interpretation von satirischen Werken*, in: *J.B. Ackermann* (éd.), *Strafrecht als Herausforderung*, Zurich 1999, 79-92; *Bührer D.*, *Der strafrechtliche Schutz der Glaubens- und Kultusfreiheit* (Art. 261 StGB), Diss. BE 1943; *Stratenwerth Günther/Bommer Felix*, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen*, 7., édition revue et augmentée, p. 203 ss.

*autre religion*<sup>388</sup>. Les résolutions qui ont suivi ont traité le phénomène de la diffamation comme une source de discordes sociales menant à des violations des droits de l'homme<sup>389</sup>, comme la discrimination<sup>390</sup> et l'appel à la haine des religions<sup>391</sup>, ou à des *manifestations d'intolérance et de discrimination en matière de religion ou de conviction*<sup>392</sup>. Les nombreuses résolutions de l'ONU et les diverses déclarations de représentantes d'Etats membres de l'organisation ont toutes en commun d'exprimer de la préoccupation about the (...) *negative portrayal of religion in the media and in the political discourse, as well as over policies and practices that seem to target people because of their religion*<sup>393</sup>, ainsi qu'en ce qui concerne *the dissemination of expressions which offend certain believers*<sup>394</sup>. Asma Jahangir, Rapporteuse spéciale sur la liberté de religion ou de conviction, critique *le recours à des stéréotypes et des clichés qui heurtent des sentiments religieux profondément ancrés*<sup>395</sup>, alors que le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits humains condamne les *critiques injurieuses, violentes et répétées contre les musulmans, souvent en raison d'attitudes stéréotypées bien enracinées, qui ont aggravé la discrimination dont [ils] souffrent*<sup>396</sup>.

En se fondant sur ces formulations hétérogènes et guère précises, la *diffamation des religions* peut être définie comme une expression publique tendant à montrer une religion sous un mauvais jour et à la critiquer durement de manière indifférenciée en recourant à des stéréotypes. Les *actes de diffamation des religions* se distinguent donc clairement des déclarations

<sup>388</sup> CDH, Rés. 1999/82, par. 1 à 3; voir aussi CDH, Rés. 7/19 du 27.3.2008, par. 4.

<sup>389</sup> Voir en particulier CDH, Rés. 2001/4, prmb. al. 6, par. 3.

<sup>390</sup> Voir en particulier CDH, Rés. 1999/82, prmb. al. 8, par. 4; CDH Rés. 7/19, prmb. al. 10.

<sup>391</sup> Voir en particulier CDH, Rés. 2005/3, par. 6, 9.

<sup>392</sup> CDH, Rés. 7/19 du 27.3.2008, par. 1; CDH, Rés. 10/22 du 26.3.2009, en particulier par. 2, 4; voir également CDH (12.4.2011), U.N. Doc. A/HRC/RES/16/18, en particulier par 1 s.; AG (20.1.2006), A/RES/60/150, par. 1; AG (21.2.2007), A/RES/61/164, par. 1; AG (6.3.2008), A/RES/62/154, par. 2; AG (24.3.2009), A/RES/63/171, par. 2; AG (8.3.2010), A/RES/64/156, par. 2; AG (11.4.2011), A/RES/65/224, par. 2; AG (27.3.2012), A/RES/66/167, par. 1 s.; voir également le Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme sur la lutte contre la diffamation des religions (A/HRC/4/50).

<sup>393</sup> AG, Report of the Secretary General on Combating defamation of religions to the General Assembly 64th Session, U.N. Doc. A/64/2009, p. 5.

<sup>394</sup> Rapport sur l'atelier d'experts du HCDH au sujet de l'interdiction de l'incitation à la haine nationale, raciale et religieuse (6<sup>et</sup> 7 juillet 2011, Bangkok), p. 13.

<sup>395</sup> CDH, Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la liberté de religion ou de conviction, destiné à la dixième session du Conseil des droits de l'homme, U.N. Doc. A/HRC/10/8.

<sup>396</sup> AG, Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, destiné à la troisième session de fond du Comité préparatoire à la Conférence de Durban, U.N. Doc. A/CONF.211/PC.4/5, par. 3.

*racistes favorisant la haine nationale, raciale ou religieuse*<sup>397</sup> ou pouvant être qualifiées d'incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence. Alors que les actes de *diffamation des religions* critiquent, de manière stéréotypée, la religion en tant que telle – avec ses institutions, ses contenus de foi, ses responsables –, les *actes de haine religieuse* visent les croyants. Par conséquent, sur le plan du droit international, les *mentalités intolérantes* et les expressions diffamatoires envers les religions doivent être acceptées tant qu'elles ne revêtent pas un caractère d'incitation, alors que le fait d'interdire les appels à la discrimination, à l'hostilité et à la violence contre les croyants n'est pas seulement autorisé du point de vue de droits de l'homme<sup>398</sup>, il y est même requis<sup>399</sup>.

### 3. Pratique des autorités suisses

Aucune pratique spécifique concernant la *diffamation des religions* n'a pu être déterminée. En revanche, l'atteinte à la liberté de croyance et des cultes est interdite par le Code pénal suisse<sup>400</sup>, même si l'article concerné ne joue plus aucun rôle dans la pratique. Ainsi, *die Achtung vor dem Mitmenschen und seiner Überzeugung in religiösen Dingen und damit gleichzeitig auch der religiöse Friede*<sup>401</sup> sont protégés en tant que biens juridiques. Les éléments constitutifs définis remontent à l'époque des délits de religion et des disputes confessionnelles qui s'y reflétaient. Se rend punissable *celui qui, publiquement et de façon vile, aura offensé ou bafoué les convictions d'autrui en matière de croyance, en particulier de croyance en Dieu*<sup>402</sup>. Ce n'est donc pas Dieu lui-même qui est protégé, mais toute conviction d'autrui en matière de croyance. Cet article permet de réprimer toute forme d'expression de mépris (parole, texte, image, gestes, etc.). Il ne sanctionne pas le motif ou l'opinion, mais le comportement qui se manifeste en public. Est également punissable *celui qui, publiquement et de façon vile, [...] aura profané les objets de la vénération religieuse*<sup>403</sup>, c'est-à-dire celui qui insulte, se moque ou salit la réputation, en public et de manière vile. Enfin, *celui qui aura méchamment empêché de célébrer ou troubler ou publiquement bafoué un acte cultuel garanti par la Constitution*<sup>404</sup> doit également être puni. Les actes cultuels recouvrent les rituels religieux ainsi que ceux des

<sup>397</sup> Au sens de l'art. 20 du Pacte II de l'ONU.

<sup>398</sup> Art. 19 du Pacte II de l'ONU.

<sup>399</sup> Art. 20 du Pacte II de l'ONU, art. 4 CERD.

<sup>400</sup> Art. 261 CP.

<sup>401</sup> ATF 86 IV 23.

<sup>402</sup> Art. 261, al. 1, CP.

<sup>403</sup> Art. 261, al. 1, CP.

<sup>404</sup> Art. 261, al. 2, CP.



associations de libres penseurs. La perturbation des actes culturels n'est prise en compte qu'à partir d'un certain seuil de gravité.

#### 4. Résumé

Notions: fr. diffamation des religions; all. Diffamierung von Religionen; angl. defamation of religion; it. difamazione delle religioni.

Bases légales: la *diffamation des religions* n'est pas une notion juridique bien établie, elle n'est pas ancrée explicitement dans des actes législatifs de droit international ou constitutionnel. Elle est mentionnée expressément, en revanche, dans des résolutions de droit international, sans pour autant qu'on dispose d'une définition arrêtée à son sujet. Les définitions les plus diverses se retrouvent dans la doctrine juridique scientifique et dans les lois nationales contre le blasphème. Le droit pénal suisse connaît trois types d'éléments constitutifs d'une infraction qui permettent de punir l'atteinte à la liberté de croyance et de culte (art. 261 CP). Contrairement à la lutte contre les expressions qui représentent un appel à la discrimination, à la haine ou à la violence, la répression des actes de *diffamation des religions* est hautement problématique du point de vue des droits humains; et quand elle prend la forme de véritables lois sur le blasphème, elle constitue même une violation de la liberté d'opinion.

Signification: en s'appuyant sur la soft law, on peut dire que le terme *diffamation des religions* désigne une <sup>1</sup>*expression publique* par laquelle une <sup>2</sup>*religion* est <sup>3a</sup>*calomniée* ou <sup>3b</sup>*critiquée, souvent durement, de manière stéréotypée*.

- <sup>1</sup> On entend par *expression* tout discours, geste ou tout comportement par la parole, l'écrit, le signe, l'image, la mimique ou autre. Une expression est *publique* lorsqu'elle est faite en présence de personnes avec lesquelles son auteur n'entretient pas de relations de confiance et que l'intention est de communiquer le contenu de l'expression à ces personnes.
- <sup>2</sup> On entend par *religion* un système – organisé au plan institutionnel – de croyance en des valeurs de nature transcendante propres à diriger la vie, ainsi que les institutions, les personnes chargées de fonctions spécifiques et les contenus qui s'y rattachent. En font partie les religions fortement représentées dans le monde (comme le christianisme, le judaïsme, le bouddhisme, l'hindouisme, etc.), mais aussi celles dont les membres ne constituent que de petites minorités. Cette notion recouvre par ailleurs aussi l'athéisme et la compréhension agnostique du monde.

- <sup>3a</sup> *Calomnier*, dans le présent contexte, signifie diffuser publiquement des affirmations mensongères ou déformées concernant des caractéristiques contraires à l'honneur ou criminelles.
- <sup>3b</sup> Par *critiquer de manière stéréotypée*, on entend avant tout les expressions stéréotypées et stigmatisantes et *la projection d'images négatives et le ciblage de certaines religions et de certains symboles religieux*<sup>405</sup>. *Critiquer durement*, c'est le faire sous une forme agressive.

Questions en suspens: les éléments ci-dessous restent particulièrement controversés:

- la question de la limite entre la protection de la croyance et la protection des croyants;
- les critères permettant d'établir les limites de la diffamation, par exemple la question de savoir si les stéréotypes satiriques sont aussi concernés, et si oui à quelles conditions;
- la question de savoir à quelles conditions le fait de blesser la sensibilité des adeptes d'une religion par la représentation stéréotypée de cette dernière constitue un appel à la discrimination, à la haine ou à la violence envers ces croyants (voir à ce sujet les explications concernant la haine religieuse au chap. 5.B.1.).

---

<sup>405</sup> U.N. Doc. A/64/209, par. 49

## 8. Segregation: racial segregation

### A. Racial segregation

#### 1. Genese, wiss. Begriffsverständnisse

L'expression *racial segregation* – ou ségrégation raciale – se compose des termes *ségrégation* et *raciale*. Ce dernier fait référence à la «race» comprise comme une catégorie englobant les groupes de personnes victimes de discrimination raciale. Le terme de *ségrégation*, qui provient du latin *segregare* (isoler, séparer), décrit quant à lui tant l'action que son résultat et s'applique à l'analyse des phénomènes dans les disciplines les plus diverses. Ainsi, la sociologie le comprend comme la séparation de groupes sociaux en fonction de catégories socialement saillantes (*f.e. by sex, age, income, language, colour, taste, comparative advantage, and the accidents of historical location*<sup>406</sup>). En conséquence, on peut définir la ségrégation raciale comme un processus de dissociation – ou comme son résultat – dans lequel une «race» donnée se concentre ou est très majoritaire dans une zone et très minoritaire dans d'autres<sup>407</sup>. Quant à savoir s'il est possible de fixer une limite à partir de laquelle une représentation inégale est constitutive de ségrégation ou d'identifier des critères qualitatifs et quantitatifs qui permettent d'établir cette limite, la question n'a pas été tranchée<sup>408</sup>. Eu égard à la diversité des motifs pouvant aboutir à une sous-représentation, il y a aussi lieu de s'interroger sur la qualification à donner au facteur déclenchant de la ségrégation<sup>409</sup> et, en particulier, de se demander si la ségrégation peut également être provoquée par ceux qui en sont les victimes<sup>410</sup>.

<sup>406</sup> Cf. pour l'ensemble du chapitre *Schelling Thomas C., Models of Segregation, The American Economic Reviews*, vol. 59, no 2, 488–493, p. 488.

<sup>407</sup> *Schelling* (note 401), p. 489; cf. aussi les nombreuses définitions lexicographiques: The Oxford Dictionaries: the action or state of setting someone or something apart from others; The English Dictionary: (...) the separation or segregation of races in everyday life; Merriam Webster: (...) *the practice or policy of keeping people of different races, religions, etc. separate from each other*; *Encyclopedia Britannica*: (...) *the practice restricting people to certain circumscribed areas of residence or to separate institutions (eg., schools, churches) and facilities (parks, playgrounds, restaurants, restrooms) on the basis of race or alleged race (...)*.

<sup>408</sup> *Schelling* (note 399), p. 489; cf. aussi les nombreuses définitions lexicographiques: The Oxford Dictionaries: the action or state of setting someone or something apart from others; The English Dictionary: (...) the separation or segregation of races in everyday life; Merriam Webster: (...) *the practice or policy of keeping people of different races, religions, etc. separate from each other*; *Encyclopedia Britannica*: (...) *the practice restricting people to certain circumscribed areas of residence or to separate institutions (eg., schools, churches) and facilities (parks, playgrounds, restaurants, restrooms) on the basis of race or alleged race (...)*.

<sup>409</sup> *de Leeuw Michael B. et coll, Residential Segregation and Housing Discrimination in The United States. Violations of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. A Response to the 2007 Periodic Report of the United States of America submitted by Housing Scholars and Research and Advocacy Organizations*, p. 2.

<sup>410</sup> Cf. les explications de la différence entre ségrégation et séparation.

La *sociologie*, la *psychologie sociale* et *l'histoire* ne parviennent pas à s'entendre sur une définition unique de la ségrégation raciale. Une interprétation relativement ancienne, qui adopte une vision restrictive de cette notion, y voit une politique de dissociation à motivation raciste qui isole des groupes qualifiés de «races» dans la totalité ou une partie des domaines de l'existence<sup>411</sup>. Elle présuppose dès lors une politique gouvernementale: par exemple, Clark et coll. définissent la ségrégation *as that restriction of opportunities for different types of associations between members of racial, religious, national or geographic origin, or linguistic group and those of other groups, which results from or is supported by the action of any official body or agency representing some branch of government*<sup>412</sup>. Dubow voit lui aussi dans la participation de l'Etat une condition de l'existence de la ségrégation, tout en décrivant ce phénomène comme l'interaction complexe des forces les plus diverses, et non seulement des forces politiques: (...) *segregation denotes a complex amalgam of political, ideological and administrative strategies designed to maintain and entrench white supremacy at every level*<sup>413</sup>. La *politique gouvernementale de restriction of opportunities décrite par Clark et les stratégies designed to maintain and entrench white supremacy at every level* définies par Dubow n'englobent pas nécessairement tous les domaines de l'existence; même lorsqu'une politique de ségrégation est appliquée, les contacts entre les groupes restent possibles, au travail par exemple. En revanche, même dans ces cas, la société est construite sur un modèle hiérarchique dans lequel les groupes défavorisés exécutent des travaux au profit des groupes dominateurs. Ces auteurs précisent toutefois que le critère déterminant est la politique gouvernementale à motivation raciste. On entend par «motivation raciste» d'une part l'établissement d'une échelle de valeurs des groupes sociaux (en fonction de critères biologiques ou ethnoculturels) et, d'autre part, l'idée que certains groupes sont incompatibles du point de vue culturel (cf. aussi le chap. 2.A.4.). Parmi ces catégories *raciales*, mentionnons en particulier la couleur de peau, l'origine nationale, l'attribution à une ethnie, l'appartenance religieuse et la langue, qui se conjuguent avec d'autres catégories, comme le sexe, un handicap, le statut social ou encore l'orientation sexuelle (cf. les chap. 2.C. et chap. 3.D.1.)<sup>414</sup>. Cette définition étroite se fonde sur de nombreux événements historiques. Ainsi, les juifs, qualifiés depuis le XIII<sup>e</sup> siècle de créatures impures

<sup>411</sup> Notamment *Massey Douglas S./Denton Nancy A., American Apartheid: Segregation and the Making Of the Underclass, 1993.*

<sup>412</sup> *Clark K./Chern I./Cook S., The effects of segregation and the consequences of desegregation. A Social Science Statement in the Brown c. Board of Education of Topeka Supreme Court Case, American Psychologist, 59, 493–501, p. 495.*

<sup>413</sup> *Dubow S., Racial segregation and the origins of apartheid in South Africa 1913–36, Basingstoke: Macmillan in association with St. Anthony's College, Oxford 1989, p. 1.*

<sup>414</sup> Cf. CDH, Rapport de la Rapporteuse spéciale sur le droit à l'éducation du 15.1.2004, U.N. Doc. E/CN.4/2004/45, par. 55 ss.; cf. aussi CERD, (20.3.2000), Recommandation générale no 25 du 20.3.2000, U.N. Doc. A/55/18.

(unclean creatures), étaient régulièrement confinés dans des ghettos par la société non juive<sup>415</sup>. Quant au régime politique de l'apartheid, appliqué en Afrique du Sud du début du XX<sup>e</sup> siècle à l'année 1994, il distinguait quatre « races » (*black, white, coloured et Indian*), dont l'existence était systématiquement cloisonnée par tout un appareil législatif, comme le *Group Areas Act* qui les contraignait à résider dans des zones différentes<sup>416</sup>. Aux Etats-Unis, les lois qui seront connues sous le terme de *Jim Crow Laws* – adoptées dans le sillage de l'approbation de la 13<sup>e</sup> modification de la Constitution, qui abolissait l'esclavage – ont donné naissance à la doctrine appelée *séparés, mais égaux*. Cette doctrine, appliquée de 1870 au milieu des années 1960, régissait l'accès aux prestations, aux transports en commun, au logement, à l'éducation ou encore au travail en fonction des racial lines, la qualité des prestations étant, officiellement en tout cas, égale pour tous les groupes<sup>417</sup>. Ce dernier exemple soulève la question, sur le plan théorique du moins, de savoir si une politique gouvernementale de ségrégation raciale a toujours pour corollaire une inégalité de traitement économique, sociale, politique et culturelle ou si elle est compatible avec l'accès égalitaire, mais distinct, aux ressources. Il s'agit dans mon opinion d'une question qui ne s'est encore jamais posée dans cette teneur en pratique. Comme le montre le cas de la doctrine *séparés, mais égaux* (aux Etats-Unis par exemple), la dissociation de groupes fondée sur la « race » repose toujours sur une situation de stigmatisation et discrimination caractérisée, qu'elle contribue ensuite à perpétuer.

L'interprétation moderne de la notion englobe aussi des mécanismes sociaux qui méritent l'appellation de ségrégation raciale, que l'Etat pratique ou non une politique ségrégationniste active. Dans ces deux cas de figure, l'Etat est soit incapable d'empêcher une dynamique sociale discriminatoire qui aboutit à une ségrégation dans les faits, soit il la tolère en adoptant une politique passive. On entend par politique passive le fait pour l'Etat de ne pas prendre, en toute connaissance de cause, de mesures propres à prévenir et à combattre la discrimination raciale de fait, encouragée notamment par des mécanismes économiques et politiques<sup>418</sup>. A

<sup>415</sup> Cf. notamment *Wirth Louis, The Ghetto, 1997*.

<sup>416</sup> Cf. notamment *Hazlett Thomas W., Apartheid, The Concise Encyclopedia of Economics (2<sup>e</sup> éd.), Library of Economics and Liberty*.

<sup>417</sup> Cf. notamment « *Jim Crow Laws* », created by Martin Luther King, Jr., National Historic Site Interpretative Staff, 5.1.1998, [www.nps.gov](http://www.nps.gov) (consulté le 24.1.2014); cf. aussi le Rapport de la Rapporteuse spéciale sur le droit à l'éducation du 15.1.2004, U.N. Doc E/CN.4/2004/45, par. 56.

<sup>418</sup> Cf. l'extrait du rapport sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée (23.11.1994), *A/49/677*, par. 54: (...) *Furthermore, the liberal ideology which informs American society is reflected in an individualism which borders on egoism; merit or professional success becomes a dogma that ignores the causes of social inequalities, which have their origin in slavery and racial segregation, and dooms the positive steps taken by the federal Government to reduce inequalities and strike balance between the different communities.*

l'ère de la mondialisation capitaliste, il y a en particulier deux tendances qui peuvent aboutir dans les faits à une ségrégation raciale: il s'agit en premier lieu du rejet de l'immigration qui, dans un pays, peut aggraver l'exclusion sociale de certains groupes ressentis comme non intégrés ou menaçants. En second lieu, nous observons de plus en plus une espèce de stratification raciale<sup>419</sup> en fonction de caractéristiques ethnoculturelles (dans les banlieues parisiennes ou certains quartiers de villes anglaises, notamment). Si les recherches récentes qualifient pour la plupart de ségrégation raciale la ségrégation de fait qui, fondée sur les catégories raciales indiquées, résulte de l'exclusion sociale structurelle, la question de l'existence d'une séparation raciale «volontaire» ne fait en revanche pas l'unanimité. A ce propos, le problème consiste notamment à définir avec précision la limite entre une ségrégation raciale favorisée par le monde politique (par action ou par omission) et une séparation raciale choisie de bon ou de mauvais gré par les victimes. Ainsi, la séparation «volontaire», c'est-à-dire le fait de préférer les contacts avec des membres du même groupe, n'est pas considérée comme une *ségrégation*, mais comme une *séparation* raciale<sup>420</sup>. Dans les faits, la distinction est en revanche extrêmement difficile: la recherche en psychologie sociale nous apprend ainsi que le besoin de séparation est fortement tributaire des expériences négatives faites lors de contact avec l'exogroupe, en raison par exemple d'un phénomène systématique de discrimination ou de stigmatisation, qui, en soi, n'atteint néanmoins pas ou pas encore le degré voulu pour être qualifié de ségrégation<sup>421</sup>. En d'autres termes, même lorsque la discrimination ne mérite pas encore l'appellation de ségrégation raciale, il se pose la question de savoir si le phénomène de séparation favorisé par la discrimination ne soutient pas une forme insidieuse de ségrégation. En sciences sociales, il faut donc distinguer d'une part la ségrégation raciale entendue comme une politique gouvernementale qui favorise ou tolère la ségrégation et, d'autre part, la ségrégation raciale considérée comme une réalité sociale qui n'est pas combattue par des mesures antidiscriminatoires adéquates. Si les deux formes constituent bel et bien une ségrégation raciale, leur analyse appelle cependant des approches différentes. De surcroît, la distinction entre l'une et l'autre n'est pas toujours claire dans la pratique, car des événements historiques, où les acteurs les plus divers, tant publics que privés, sont intervenus, jouent toujours un rôle dans l'apparition d'une situation de ségrégation raciale.

<sup>419</sup> Concernant la notion de la «classe sociale», cf. notamment Geiger Theodor, *Die soziale Schichtung des deutschen Volkes. Soziographischer Versuch auf statistischer Grundlage*, 1932; Geißler Rainer, *Die Schichtungssoziologie von Theodor Geiger. Zur Aktualität eines fast vergessenen Klassikers*, *Kölnler Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 37<sup>e</sup> année, 1985, p. 378 à 410.

<sup>420</sup> Cf. *Schelling* (note 401), p. 488 à 493.

<sup>421</sup> *Idem*, p. 489 s.

La question des facteurs de représentation quantitatifs et qualitatifs qui permettent de conclure à l'existence d'une ségrégation raciale est un autre aspect qui attend encore une solution définitive. Coulibaly et coll. postulent qu'il ne s'agit pas tant d'une perspective de principe que d'une perspective graduelle<sup>422</sup>. En outre, l'analyse doit porter sur un grand nombre de causes pour savoir si nous sommes en présence d'une ségrégation raciale ou non: (...) *Segregation has a plurality of causes, including private discrimination, historical and current policies, income differentials, and preference*<sup>423</sup>.

## 2. Situation juridique

La Convention CERD (ou CIERD) aborde la notion de ségrégation raciale à son art. 3: *Les Etats parties condamnent spécialement la ségrégation raciale et l'apartheid et s'engagent à prévenir, à interdire et à éliminer sur les territoires relevant de leur juridiction toutes les pratiques de cette nature*. Tant la formulation que la convention en soi remontent aux expériences tirées de la décolonisation et au régime d'apartheid, encore appliqué à cette époque en Afrique du Sud. Pour cette raison, la convention fait mention de ce phénomène dans le préambule déjà: [Les Etats parties sont] *résolus à adopter toutes les mesures nécessaires pour l'élimination rapide de toutes les formes et de toutes les manifestations de discrimination raciale et à prévenir et combattre les doctrines et pratiques racistes afin de favoriser la bonne entente entre les races et d'édifier une communauté internationale affranchie de toutes les formes de ségrégation et de discrimination raciales*.

Utilisée de longue date, la notion de ségrégation raciale attend cependant toujours sa définition. Nous nous bornons ainsi à présenter à titre illustratif divers exemples qui constituent

<sup>422</sup> Cf. Coulibaly Modibo/Green Rodney D./James David M., *Segregation in Federally Subsidized Low-Income Housing in the United States, 1998*, p. 49 ss.: *The higher the relative concentration of tenants from the same racial group in an individual housing project, the greater is the degree of racial segregation; the lower the concentration, the smaller is the degree of racial segregation [...]. Racial Segregation, is the act of separating individuals or groups from one another as a result of racial prejudice and unethical biases.*

<sup>423</sup> de Leeuw Michael B. et coll., *Residential Segregation and Housing Discrimination in The United States. Violations of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. A Response to the 2007 Periodic Report of the United States of America Submitted by Housing Scholars and Research and Advocacy Organizations*, p. 2.

une ségrégation en droit ou en fait, comme les *Jim Crow Laws* aux Etats-Unis<sup>424</sup> mentionnées par le rapporteur spécial sur le racisme. En revanche, il se dégage de la pratique des organes internationaux de surveillance une communauté de vues approximative en droit international. Suivant la jurisprudence de la CEDH, nous pouvons ainsi entendre par ségrégation *the maintenance of an entirely separate set of rights or access to separate facilities or services for different groups of people*<sup>425</sup>. Il doit s'agir en l'occurrence d'inégalités ou de disparités (*disparities*) considérables, durables ou persistantes (*persistent*), qui conditionnent l'accès aux ressources de base (comme l'éducation<sup>426</sup>, le travail<sup>427</sup>, le logement<sup>428</sup> ou encore les loisirs)<sup>429</sup>. La CEDH ne précise pas la nature et le degré que doit présenter cette dissociation pour que l'on puisse parler de ségrégation. Empruntant une voie similaire, la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) définit la ségrégation raciale comme *l'acte pour une personne (physique ou morale) de séparer d'autres personnes pour un des motifs énumérés*<sup>430</sup> sans qu'il existe une justification objective et raisonnable, conformément à la définition proposée de la discrimination. Par conséquent, le fait pour une personne de se séparer volontairement d'autres personnes pour un des motifs énumérés ne constitue pas une ségrégation<sup>431</sup>.

Le CERD voit une forme de ségrégation raciale tant dans la discrimination systématique pratiquée par l'Etat que dans celle qui découle de l'action des particuliers: *Le Comité constate que si une situation de ségrégation raciale complète ou partielle peut, dans certains pays, avoir*

<sup>424</sup> AG, Rapport sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée du 4.10.2004, U.N. Doc. A/59/330, par. 48; cf. aussi l'intervention de Fernando Henrique Cardoso, ancien président du Brésil, in: AG, Rapport sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée du 20.8.1996, U.N. Doc. A/51/301; s'agissant de la difficulté à distinguer entre ségrégation raciale et discrimination économique et sociale dont sont victimes certains groupes, cf. AG, Rapport sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée du 25.9.1995, U.N. Doc. A/50/476, par. 22; s'agissant de la complexité de la situation aux Etats-Unis dans les années 90, cf. AG, Rapport sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée du 23.11.1994, U.N. Doc. A/49/677, par. 54.

<sup>425</sup> Cf. aussi le CERD (09.03.2012), U.N. Doc. CERD/C/ISR/CO/14-16, par. 11.

<sup>426</sup> Cf. notamment AG, A(55/18), par. 18; par. 11; cf. par ailleurs Coomans Fons, Dealing with Segregation in Education, <http://rwi.lu.se/wp-content/uploads/2012/04/Dealing-with-Segregation-Coomans.pdf> (consulté le 25.1.2014).

<sup>427</sup> Cf. notamment Hellerstein Judith, Workplace Segregation in the United States: Race, Ethnicity, and Skill, <http://terpconnect.umd.edu/~hellerst/hnworkplaceseg.pdf> (consulté le 25.1.2014).

<sup>428</sup> Cf. AG, U.N. Doc. A(55/18), par. 30, 339; cf. aussi de Leeuw (note 416).

<sup>429</sup> Cf. CERD, Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale: Etats-Unis d'Amérique du 14.8.2001, UN. Doc. A/56/18, par. 398; cf. aussi de Leeuw (note 418), p. 2.

<sup>430</sup> Selon le par. 1(a): la race, la couleur de peau, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique.

<sup>431</sup> ECRI, Recommandation de politique générale no 7, par. 16.



été créée par les politiques gouvernementales<sup>432</sup>, une situation de ségrégation partielle peut également être le résultat non intentionnel d'actions de personnes privées. Dans de nombreuses villes, les différences de revenu entre les groupes sociaux influent sur la répartition des habitants par quartiers et ces différences se conjuguent parfois aux différences de race, de couleur, d'ascendance et d'origine nationale ou ethnique, de sorte que les habitants peuvent être victimes d'un certain ostracisme et que les personnes subissent une forme de discrimination dans laquelle les motifs raciaux se combinent à d'autres motifs (par. 3). L'apartheid est un exemple de politique gouvernementale visant la ségrégation raciale, puisqu'il tend à prendre des mesures, législatives ou autres, destinées à empêcher un groupe racial ou plusieurs groupes raciaux de participer à la vie politique, sociale, économique et culturelle du pays et [à] créer délibérément des conditions faisant obstacle au plein développement du groupe ou des groupes considérés (...)<sup>433</sup>. Le soutien à une ségrégation de fait se traduit par exemple par la mise en place de deux régimes juridiques distincts, l'adoption de dispositions institutionnelles et l'usage distinct des infrastructures<sup>434</sup>. En conséquence, le CERD affirme qu'une situation de ségrégation raciale peut également survenir sans que les autorités en aient pris l'initiative ou y contribuent directement. Il invite les Etats parties à contrôler toutes les tendances susceptibles de provoquer la ségrégation raciale, à œuvrer pour éliminer toutes les conséquences négatives qui en découlent, et à décrire toute action de ce type dans leurs rapports périodiques<sup>435</sup> (par. 4). Ces tendances comprennent aussi des mécanismes ségrégatifs dus au développement (ou au sous-développement) économique de groupes sociaux, un développement à son tour fortement conditionné par les conséquences de la ségrégation raciale<sup>436</sup>. Le CERD appelle les

<sup>432</sup> Par exemple *as a result of explicitly exclusionary government programs, policies, and practices* (de Leeuw Michael B. et coll., Residential Segregation and Housing Discrimination in The United States. Violations of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. A Response to the 2007 Periodic Report of the United States of America submitted by Housing Scholars and Research and Advocacy Organizations, par. 63)

<sup>433</sup> Art. 2(c) Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid.

<sup>434</sup> Comme le montre le cas d'Israël et de la Palestine: *The Committee is extremely concerned at the consequences of policies and practices which amount to de facto segregation, such as the implementation by the State party in the Occupied Palestinian Territory of two entirely separate legal systems and sets of institutions for Jewish communities grouped in illegal settlements on the one hand and Palestinian population living in Palestinian towns and villages on the other hand (...)* (CERD (09.03.2012), U.N. Doc. CERD/C/ISR/CO/14–16, par. 24).

<sup>435</sup> Cf. AG, U.N. Doc. A/54/18, par. 55, 178.

<sup>436</sup> Cf. AG, Rapport sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée du 23.11.1994, U.N. Doc. A/49/677, par. 54.

gouvernements concernés à combattre ces conséquences en adoptant des mesures propres à y remédier: *Cette première étape, l'interdiction formelle de la discrimination, doit donc être suivie de mesures complémentaires visant à remédier aux conséquences*<sup>437</sup> *de ces dénis*<sup>438</sup>.

Il faut distinguer la question de l'existence de la ségrégation raciale de la question de savoir qui en porte la responsabilité politique. Le CERD adopte ici aussi une approche conséquente dans la mesure où il rend également responsable l'Etat des politiques de ségrégation raciale appliquées par les gouvernements précédents: *Le Comité considère que l'obligation d'éliminer toutes les pratiques de cette nature inclut l'obligation d'éliminer les conséquences des pratiques adoptées ou tolérées par des gouvernements précédents de l'Etat partie, ou imposées par des forces extérieures à l'Etat partie* (par. 2)<sup>439</sup>. *Thus, conditions of racial segregation can arise without any initiative or direct involvement by the public authorities. In its General Recommendation No. 29, CERD dedicates a whole section to the prohibition and prevention of segregation of persons based on their descent (section 3). The prevalence of segregation of Roma in education and housing is evident from their explicit mention in CERD's General Recommendation No. 27 on discrimination against Roma under Articles 18 and 30 respectively*<sup>440</sup>.

La CEDH établit une distinction entre la séparation raciale favorisée par le gouvernement et celle où celui-ci n'est pas directement impliqué. Le Forum sur les questions relatives aux minorités va même jusqu'à affirmer que *[la] création et le développement de classes et d'écoles dispensant un enseignement dans les langues minoritaires ne devraient pas être considérés comme constituant une ségrégation inadmissible, si la fréquentation de ces classes ou écoles résulte d'un libre choix*<sup>441</sup>. La pratique et la recherche critiquent ce distinguo entre ségrégation raciale et séparation raciale: d'une part, il n'est pas toujours facile à établir dans la réalité de la société, *because it can result from a multitude of different factors that cause the social exclusion of a particular group of people*<sup>442</sup>. D'autre part, il est important de s'apercevoir que le passage d'une «ségrégation volontaire» à une politique de ségrégation raciale peut se faire

<sup>437</sup> Mise en exergue par les auteurs.

<sup>438</sup> Rapport de la Rapporteuse spéciale sur le droit à l'éducation du 15.1.2004, U.N. Doc. E/CN.4/2004/45, par. 55.

<sup>439</sup> CERD, Recommandation générale no 19 sur l'art. 3 du 17.8.1995, U.N. Doc. 4/48/18; cf. aussi AG, U.N. Doc. A(55/18), par. 99.

<sup>440</sup> Non-Discrimination in International Law. A Handbook for Practitioners, Interrights (éd.), 2011, p. 165.

<sup>441</sup> Forum sur les questions relatives aux minorités, Recommandations, A/HRC/10/11/Add.1, par. 27.

<sup>442</sup> Cf., tiré de la jurisprudence britannique, FTATU c. Modgill; PEL c. Modgill (1980) IRLR 142; de la jurisprudence des Etats-Unis, Brown c. Board of Education 347 U.S. 483 (1954); cf. aussi United Steelworkers c. Weber 443 U.S. 193 (1979).

de façon insidieuse: une implantation très progressive des différences, favorisée par la majorité, pousse les victimes de la discrimination à faire elles aussi des pas en direction de la ségrégation structurelle. La ségrégation dont sont victimes les Roms<sup>443</sup> en est un bon exemple: elle repose tant sur une politique gouvernementale de séparation (et en particulier sur le refus de remédier à la situation actuelle de séparation due à des politiques antérieures) que sur une stigmatisation sociale encore bien présente, dont la conséquence est la discrimination<sup>444</sup>. Dans *D.H. et autres c. la République tchèque*, la CEDH a d'ailleurs qualifié d'infraction au principe de la prohibition de la ségrégation le placement systématique d'enfants roms dans des écoles pour élèves présentant des difficultés d'apprentissage<sup>445</sup>. Notons que les peuples indigènes<sup>446</sup> et les groupes mixtes composés d'immigrés et d'autochtones<sup>447</sup> sont aussi particulièrement exposés à la ségrégation raciale.

### 3. Pratique des autorités suisses

Il n'y a pas en Suisse, d'après nos constatations, de pratique établie en ce qui concerne la notion de ségrégation raciale. La CFR aborde celle-ci à une seule occasion, dans son étude «Des classes séparées ?»<sup>448</sup>, où elle qualifie de séparation discriminatoire le placement d'enfants dans des classes distinctes en fonction de leur langue notamment. La problématique de la ségrégation est aussi présente dans les «Projets urbains» de la Confédération<sup>449</sup>. Signalons enfin que l'interdiction pénale de la discrimination raciale se concrétise notamment, à l'art. 261bis, al. 5, CP, par une prohibition du déni discriminatoire de prestations, prohibition dont le but est pour l'essentiel de sanctionner tout acte ségrégatif: *Celui qui aura refusé à une personne ou à un groupe de personnes, en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse, une prestation destinée à l'usage public, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire*<sup>450</sup>.

<sup>443</sup> AG, U.N. Doc. A/54/18, par. 126.

<sup>444</sup> Observations finales relatives au 3<sup>e</sup> et au 4<sup>e</sup> rapport de la République tchèque, AG, A(55/18), par. 280, 339.

<sup>445</sup> CEDH, *D.H. et autres c. la République tchèque*, no 57325/00, arrêts du 7.2.2006 et du 12.11.2007; cf. aussi la CEDH, *Oršuš et autres c. la Croatie*, no 15766/03, arrêts du 17.7.2008 (chambre) et du 6.3.2010 (grande chambre).

<sup>446</sup> AG, U.N. Doc. A/54/18, par. 191

<sup>447</sup> AG, U.N. Doc. A/54/18, par. 475.

<sup>448</sup> *Des classes séparées ? Dossier sur les demandes politiques de ségrégation des enfants parlant une langue étrangère à l'école*, (éd.), Berne 1999.

<sup>449</sup> Cf. <http://www.are.admin.ch/themen/agglomeration/00630/02258/index.html?lang=fr> (consulté le 12.7.2014).

<sup>450</sup> Pour la jurisprudence, cf. *Zannol Fabienne*, L'application de la norme pénale contre la discrimination raciale. Une analyse des arrêts relatifs à l'article 261bis CP (de 1995 à 2004). Etude mandatée par la Commission fédérale contre le racisme (CFR), Berne 2007, p. 30 s. Pour une vue générale de la jurisprudence jusqu'en 2013, cf. <http://www.ekr.admin.ch/services/f272.html> (consulté le 12.7.2014).

#### 4. Résumé

Notion: fr. ségrégation raciale; all. Rassentrennung; it. segregazione razziale; angl. racial segregation

Bases légales: la ségrégation raciale, comprise comme une notion du droit international, figure notamment dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD). Elle est aussi mentionnée expressément dans plusieurs instruments juridiques non contraignants de portée universelle ou régionale, ainsi que dans d'autres documents officiels émanant d'organisations internationales. En outre, les organes internationaux de surveillance des droits de l'homme (comme la CEDH) se penchent sur cette notion lorsqu'ils sont appelés à examiner un cas particulier. Toutefois, il n'a toujours pas été possible d'en tracer les contours théoriques de façon concluante.

Signification: en droit international, la ségrégation raciale désigne, dans notre opinion, l'état ou le processus de <sup>1a</sup>séparation en droit ou <sup>1b</sup>en fait de certains groupes <sup>2</sup>raciaux qui influe sur <sup>3</sup>leur accès aux ressources de base.

- <sup>1a</sup> *La séparation en droit* désigne la dissociation de groupes sociaux imposée par l'Etat, qui se concrétise par des actes législatifs généraux et abstraits, ainsi que par des mesures administratives.
- <sup>1b</sup> *La séparation en fait* désigne la dissociation de groupes sociaux imposée par la société civile, qui se traduit par des actes discriminatoires de nature structurelle et attitudinale.
- <sup>2</sup> La «*race*» désigne des groupes qui, dans la réalité sociale, ont tendance à être victimes de discrimination raciale. Les motifs de discrimination les plus fréquents sont notamment la couleur de peau, l'origine nationale, l'appartenance ethnique, la religion et la langue.
- <sup>3</sup> *L'accès aux ressources de base* désigne l'accès à un ou plusieurs domaines de l'existence importants, comme l'éducation, le travail, le logement, la sécurité sociale, les infrastructures et les loisirs.

Questions en suspens: en l'état, la jurisprudence et la doctrine n'apportent pas de réponses claires sur les sujets suivants:

- les critères quantitatifs et qualitatifs servant à constater la présence d'une séparation;
- la mesure à partir de laquelle nous sommes en présence d'une séparation;
- la question de savoir si une séparation «volontaire» doit aussi être qualifiée de ségrégation raciale;
- la question de savoir si la dissociation de groupes privilégiés constitue elle aussi une ségrégation raciale.

## 9. Quelques références bibliographiques utiles

La bibliographie qui suit se limite à mentionner un ouvrage central pour chacune des notions suivantes : discrimination, discrimination multiple et intersectionnalité, racisme, christianophobie, islamophobie. Concernant les nombreux autres ouvrages cités dans le texte, les références exactes figurent à chaque fois dans la première note de bas de page s’y référant.

Baer, S. & Bittler, M. & Götsche, A. L. (2010): Mehrdimensionale Diskriminierung – Begriffe, Theorien und juristische Analyse. Teilerpexpertise erstellt im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes.

Balibar, E. & Wallerstein, I. (1997): Race nation, classe – Les identités ambiguës. La Découverte.

Chris, A. (2011): Islamophobia. Ashgate Publishing Company.

Dengg, A. (2010): Symmetrisches oder asymmetrisches Diskriminierungsverständnis: Gefahr der Stereotypisierung benachteiligter Gruppen. In: Jusletter, 17. Mai 2010.

Kiska, R. (2013): Hate Speech: A Comparison Between the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court Jurisprudence. *Regent University Law Review*, Vol. 25, 107–151.

Langer, L. (2013): Religious Considerations of International Legal Discourse – The Example of Religious Defamation. In: Frick, M.-L. & Müller A. Th., *Islam and International Law. Engaging Self-Centrism from a Plurality of Perspectives*, 269–289.

Schelling, Th. C. 1969): Models of Segregation. *The American Economic Reviews*, Vol. 59, No. 2, 488–493.

Schroer, M. (1997): Fremde, wenn wir uns begegnen. Von der Universalisierung der Fremdheit und der Sehnsucht nach Gemeinschaft. In: Nassen A. (Hrsg.), *Nation Ethnie, Minderheit. Beiträge zur Aktualität ethnischer Konflikte*, Köln/Böhlau.

Shortt, R. (2013): *Christianophobia: A Faith Under Attack*.

## 10. Répertoire des principales abréviations

CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101)
CFM	Commission fédérale pour les questions de migration
CFR	Commission fédérale contre le racisme
Convention CERD	Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1961 (SR 0.104)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPM	Code pénal militaire du 13 juin 1927 (RS 321.0)
CSDH	Centre suisse de compétence pour les droits humains
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DFI	Département fédéral de l'intérieur
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948
ECRI	Commission européenne contre le racisme et l'intolérance – European Commission against Racism and Intolerance
FRA	L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne – European Union Agency for Fundamental Rights
NGOs	Non-Governmental Organizations (organisations non gouvernementales)
ONU	Organisation des Nations Unies – United Nations Organization (UNO)
OSCE	Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe – Organization for Security and Cooperation in Europe
Pacte I de l'ONU	Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (RS 0.103.1)
Pacte II de l'ONU	Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
SLR	Service de lutte contre le racisme
SPC	Statistique policière de la criminalité
UE	Union européenne
UNHCHR	Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme – United Nations High Commissioner for Human Rights
UNHCR	Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés – United Nations High Commissioner for Refugees

