

sous toutes RÉSERVES

Revue du Jeune Barreau de l'Ordre des Avocats de Genève

hiver 2022 / n°35

Hadrien Mangeat

Premier Secrétaire du Jeune Barreau

L'EDITO

Chères Consœurs,
Chers Confrères,

En 1946, dans un discours prononcé à la *Lincoln University*, une institution américaine alors réservée aux personnes noires, Albert Einstein a qualifié la ségrégation instaurée aux États-Unis de maladie affectant les personnes blanches, avant d'affirmer: «I do not intend to be quiet about it».

Il aura ensuite fallu attendre une vingtaine d'années pour voir la ségrégation légale abolie outre-Atlantique.

60 ans après ce « rééquilibrage » légal, la discrimination raciale continue malheureusement de gangréner les rapports sociaux aux États-Unis.

Le décès de George Floyd au cours de son arrestation par la police de Minneapolis le 25 mai 2020 et le procès pénal subséquent en 2021 ont non seulement cristallisé les éléments d'une crise sociétale profonde localement, mais aussi ravivé le débat sur le plan international, entraînant des remises en question au sein de nombreux pays.

Il serait erroné de chercher ici à transposer l'histoire ségrégationniste américaine et la situation actuelle aux États-Unis à la réalité suisse, et genevoise en particulier.

Nous aurions toutefois tort de nous enorgueillir et prétendre que notre société ou notre barreau sont exempts des maux du racisme et des discriminations qui en découlent.

Dans cette édition spéciale du *Sous toutes réserves*, avec le soutien du Comité du Jeune Barreau, une équipe d'avocates et d'avocats genevois ont décidé de ne pas rester « quiet about it ».

Sous l'impulsion de ces personnes, dont la plupart ne sont pas ou plus membres du Comité du Jeune Barreau¹, le dossier spécial² que nous vous proposons ici s'intéresse à différentes facettes de la discrimination raciale, en présentant des analyses juridiques et sociologiques, ainsi que des témoignages (de praticiennes/praticiens du droit et de justiciables).

Ce travail interroge notamment les lectrices et les lecteurs sur leurs éventuels biais, conscients et surtout inconscients, permettant une forme d'introspection et de sensibilisation aussi intéressante qu'essentielle. Il ne suffit en effet pas de ne pas être « raciste », il faut encore réussir à éviter d'adopter des comportements discriminatoires.

Au nom du Comité du Jeune Barreau, je remercie ici chaleureusement cette équipe *ad hoc*, ainsi que les membres du Comité qui l'ont accompagnée, et vous souhaite à toutes et à tous une excellente lecture !

1. Habituellement, l'équipe éditoriale est composée exclusivement de membres du Comité du Jeune Barreau.

2. En marge de celui-ci, vous trouverez quelques éclairages traditionnels sur la vie du barreau.

Le présent *Sous toutes réserves* est illustré au fil des pages de photographies de Lewis Gashaza, prises lors de la manifestation « Black Lives Matter » le 9 juin 2020 dans les rues de Genève.



Edition spéciale
**DISCRIMINATION
RACIALE**

© Lewis Gashaza

Parcours de prévenu·e·s noir·e·s à Genève aujourd'hui

© Lewis Gashaza



Camilla Natali a interviewé deux prévenus noirs ayant ressenti et vécu des situations de racisme dans le cadre de leur procédure pénale à Genève.

Interview de M. DIALLO le 5 mars 2021 à la prison de la Brenaz

M. DIALLO est un homme de 50 ans, originaire du Nigéria. Il est noir. Sa langue maternelle est le igbo et il maîtrise l'anglais.

Il a été condamné par Jugement en 2020 à 15 mois de peine privative de liberté à Genève pour une infraction à l'art. 19 al. 2 LStup.

Avant d'être condamné, M. DIALLO a subi 183 jours de détention avant jugement à la prison de Champ-Dollon. M. DIALLO a été transféré à la prison de la Brenaz quelques jours avant son jugement (exécution anticipée de sa peine) et jusqu'à sa libération conditionnelle, quelques mois plus tard.

Avant sa condamnation en Suisse, M. DIALLO avait déjà été condamné en France à plusieurs reprises. Il avait aussi eu à faire à la police italienne, mais sans jamais avoir été condamné.

L'interview a été menée en anglais.

Avez-vous l'impression d'avoir subi du racisme durant votre procédure judiciaire en Suisse ?

Oui, beaucoup de racisme. Je suis certain que j'ai été traité de manière plus sévère en raison de ma couleur de peau. Je suis sûr que si je n'avais pas été noir, les choses se seraient passées différemment.

J'ai eu le sentiment que la police, puis les juges, m'ont reconnu coupable alors qu'ils n'avaient pas d'autres preuves me liant à une des infractions qui m'étaient reprochées que la description faite par un témoin qui a indiqué qu'un « homme noir » lui avait vendu de la drogue. Dès lors que j'étais connu de la police, ils m'ont immédiatement considéré comme étant l'« homme noir » coupable sans mener de réelle enquête.

Comment avez-vous ressenti la procédure judiciaire en Suisse ?

Ce qui m'a le plus dérangé dans la procédure pénale menée contre moi en Suisse est le fait que j'étais la seule personne

noire parmi tous les acteurs du processus judiciaire qui étaient blancs : les policiers étaient blancs, les interprètes qu'on m'a attribués étaient blancs, les juges étaient blancs, mon avocate était blanche, les greffiers au Ministère public ou au Tribunal étaient blancs.

Les seules personnes noires que j'ai côtoyées durant ma détention provisoire et l'exécution de ma peine étaient mes co-détenus.

Cela m'aurait aidé qu'au moins une personne dans ce processus ait été noire, par exemple un juge ou l'interprète. Cela m'aurait aidé à me sentir mieux.

C'est pour cette raison que j'avais demandé au Ministère public, puis au Tribunal de nommer un interprète en langue igbo. J'aurais vraiment apprécié d'avoir une personne noire à mes côtés. Or, cela m'a été refusé car le seul interprète en igbo à disposition des autorités genevoises habitait à Saint-Gall et ne souhaitait pas se déplacer pour une seule audience.

Comment avez-vous ressenti votre détention provisoire puis votre détention en exécution de peine ?

J'ai d'abord été placé en détention provisoire à la prison de Champ-Dollon. C'était affreux. J'ai ressenti que plusieurs gardiens étaient racistes et traitaient les noirs avec dédain.

J'ai ensuite été transféré à la Brenaz pour exécuter ma peine. C'était beaucoup mieux. À la Brenaz, mes co-détenus et moi étions traités comme des êtres humains par les gardiens. Je n'ai pas ressenti de racisme à la Brenaz.

Si vous deviez faire un parallèle entre la procédure judiciaire en Suisse et d'autres pays dans lesquels vous avez été confrontés au système judiciaire que diriez-vous ?

Pour moi, la Suisse et la France sont très similaires en terme de racisme contre les prévenus noirs : dans les deux pays, j'ai eu l'impression d'être jugé différemment car j'étais noir. La prison en France était mieux que Champ-Dollon mais pire que la Brenaz.

Est-ce que vous avez suivi les manifestations « black lives matter » qui ont eu lieu au printemps 2020 lorsque vous étiez incarcéré ?

Oui, nous avons suivi toutes ces manifestations à la télévision. Cela nous a fait plaisir mais nous n'avons plus d'espoir que cela change. Nous attendons un changement mais pour l'instant, il ne vient pas.

Interview de Mme DUPONT le 4 mai 2021 par téléphone

Mme DUPONT est une femme née en 1988, assistante sociale, de nationalité suisse et sans aucun antécédent judiciaire. Elle est noire. Sa langue maternelle est le français.

Mme DUPONT a été condamnée par ordonnance pénale rendue par le Ministère public le 18 avril 2017 pour avoir commis les infractions d'injures (art. 177 al. 1 CP) et d'empêchement d'accomplir un acte officiel (art. 286 al. 1 CP). Il lui était reproché d'avoir, à Genève, alors qu'elle participait à un rassemblement non autorisé à la pointe de la Jonction, insulté une agente de police municipale et empêché deux policiers d'intervenir en les bousculant violemment avec la foule.

Mme DUPONT a contesté les faits qui lui avaient été reprochés, expliquant avoir peut-être participé à une soirée à l'Usine le soir en question mais ne pas se souvenir d'une quelconque altercation avec des agents de police.

L'ordonnance pénale reposait sur un rapport de police dans lequel des policiers indiquaient être intervenus à la pointe de la Jonction un soir en raison du bruit excessif causé par la diffusion de musique trop forte. Lors de leur intervention les personnes présentes avaient refusé de baisser la musique, de sorte que l'un des policiers avait débranché celle-

ci. Ils auraient alors été encerclés et bousculés par la foule qui proférait des insultes. L'agente de police Mme MICHEL se serait alors fait insultée par une femme.

Plus tard, la foule se serait déplacée en direction de l'Usine. L'agente de police Mme MICHEL aurait alors reconnu à l'Usine Mme DUPONT et l'aurait désignée comme étant une des personnes l'ayant insultée à la pointe de la Jonction plus tôt dans la soirée.

16 jours plus tard, l'agente de police Mme MICHEL aurait reconnu Mme DUPONT sur une planche photographique. Mme DUPONT a fait opposition contre l'ordonnance pénale du 18 avril 2017.

Le Ministère public, après avoir entendu Mme DUPONT et Mme MICHEL, a maintenu son ordonnance pénale et transmis la procédure au Tribunal de police.

Par jugement du 12 février 2019, Mme DUPONT a été acquittée de tous les chefs d'accusation dont elle était accusée. Le Tribunal de police a considéré que l'on ne pouvait déduire des éléments au dossier que celle-ci était l'auteur des infractions qui lui étaient reprochées.

Avez-vous l'impression d'avoir subi du racisme durant votre procédure judiciaire en Suisse ?

Oui.

Premièrement, je considère avoir été victime de racisme par la police. L'agente de police qui a porté plainte contre moi a expliqué les faits en donnant des profils détaillés des personnes présentes lors du rassemblement à la pointe de la Jonction. Alors que lorsqu'elle a décrit la personne sensée être moi elle a simplement dit : « noire et fine ». Elle n'a ni précisé la taille, ni les vêtements que portait cette personne ni encore sa coupe de cheveux. Cette description a suffi aux yeux du Ministère public à rendre une ordonnance pénale contre moi et à la confirmer après mon opposition.

Lors de mon audition à la police, j'ai été traitée avec beaucoup de mépris et de racisme par les policiers qui menaient mon audition. Lorsque la police nous a soumis la planche photographique sur laquelle l'agente de police m'avait prétendument reconnue, mon avocate et moi avons fait part de notre étonnement du choix des personnes présentées sur la planche photographique. En effet, si toutes les personnes sur la planche photographique étaient noires, j'étais la seule jeune avec les cheveux courts frisés. Nous nous sommes également étonnées de la mauvaise qualité de la photographie de moi. Les policiers se sont alors sentis suffisamment à l'aise pour me dire que j'étais « trop noire » pour que la photographie soit de bonne qualité et que de toute façon « tous les noirs étaient pareils ». Lorsque mon avocate et moi nous sommes offusquées de cette remarque, le policier a indiqué que ce n'était pas raciste, c'était la même chose avec les asiatiques.

Par ailleurs, j'ai eu l'impression que les policiers se connaissaient tous et se soutenaient entre eux. Par exemple, le policier qui m'a interpellée était le même que celui qui m'a interrogée. Il était également l'un des rédacteurs du rapport de police m'incriminant.

Je considère également avoir été victime de racisme devant le Ministère public. Le Procureur m'a entendue une seule fois. Il a été agressif envers moi. Il a adopté une posture qui m'a fait peur. J'avais vraiment l'impression de n'avoir aucune chance face à l'autorité.

D'après mon sentiment, j'avais la sensation que tout ce que je pouvais dire serait retenu contre moi. J'ai vraiment eu l'impression d'avoir été poursuivie à tort, uniquement parce que j'étais noire. J'ai eu le sentiment que toute la procédure tournait autour de cela et que tout le monde faisait une fixette là-dessus. Le fait d'avoir l'impression d'être poursuivie en raison de ma couleur de peau m'a plus affectée que le fait d'être poursuivie à tort.

Enfin, lorsque je suis arrivée au Tribunal, je me suis de nouveau sentie dans une mauvaise posture. J'avais l'impression que c'était perdu d'avance, que je faisais perdre son temps à tout le monde, et que je n'étais pas écoutée quand je parlais.

Ensuite mon avocate a plaidé et là j'ai vu que la tendance a changé. Je suis certaine que j'ai été acquittée uniquement grâce à la plaidoirie de mon avocate et non grâce à mes explications. J'ai ressenti que ma parole ne comptait pas.

Cela dit, j'ai quand même eu l'impression que la Juge était plus neutre que la police ou le Procureur. Elle était moins incriminante.

Quelles conséquences le racisme que vous avez ressenti a eu sur vous ?

Pour moi, la principale conséquence est un manque de confiance envers les autorités (en tout cas envers les procureurs et la police). C'est très insécurisant de savoir qu'on risque de se faire poursuivre sur la base de rien, uniquement parce qu'on est noir et qu'on se trouve au mauvais endroit au mauvais moment.

J'ai finalement été acquittée grâce à mes efforts pour prouver mon innocence. Mais avant d'être acquittée, la procédure a duré longtemps. J'ai dû me battre pour être acquittée et ça n'a pas été facile pour moi, j'ai subi beaucoup de stress. Maintenant j'ai encore plus peur de faire quelque chose de mal car j'ai l'impression que l'on ne me le pardonnera pas.

Je ne peux plus faire confiance à la police et au Ministère public. J'ai eu le sentiment qu'ils n'avaient pas envie que les noirs s'en sortent.

J'avais déjà entendu plusieurs histoires sur le racisme endémique au sein de la police et des institutions et sur le fait que c'était plus difficile de se défendre en étant noir. Un jour ça m'est arrivé et j'ai compris.

On doit prendre sur nous tout au long de la procédure pour ne pas abandonner. Quand, durant mon audition, le policier m'a dit que tous les noirs étaient pareils, j'ai dû prendre sur moi pour continuer l'audience et rester polie car je n'avais pas le choix. Comme je suis noire, j'ai l'impression que je dois me comporter mieux, que je dois être parfaite pour avoir une chance de m'en sortir.

J'ai également été dérangée par le fait que tous les acteurs du monde judiciaire étaient blancs. C'est difficile car cela instaure immédiatement un rapport de pouvoir. Les personnes à qui j'ai eu à faire n'avaient aucune idée des difficultés auxquelles les personnes noires sont régulièrement confrontées. Puisque tous les acteurs sont blancs, ils se confortent dans leurs préjugés et ne prennent pas conscience des problèmes de racisme existants.

A mon avis, il faudrait une meilleure représentation des diversités dans le monde judiciaire.

Je me sentirais plus en confiance s'il y avait une meilleure représentation de la diversité. Par ailleurs, il y aurait probablement plus d'échanges et cela permettrait une meilleure prise de conscience.

J'aimerais encore ajouter que j'ai beaucoup d'amis noirs qui m'ont déconseillé de faire opposition. Ils ont dit que c'était perdu d'avance et que ça ne servirait à rien. Qu'en tant que personne noire, je n'avais aucune chance.

J'ai quand même décidé de faire opposition car je suis assistante sociale, donc je sais qu'il faut se battre et que ce n'est pas forcément perdu d'avance.

Mais sans le soutien de mes proches et mon expérience professionnelle, j'aurais probablement renoncé à faire opposition, comme beaucoup de mes amis me le conseillaient. Quand on est noir, on a peur de déranger, on a peur de faire du bruit car on pense que cela va nous desservir.

J'aimerais donc, par mon témoignage, sensibiliser les avocats blancs qui ne se rendent peut-être pas compte de ce que ressentent les personnes noires. Souvent ce n'est pas qu'elles ne veulent pas se battre, mais elles n'osent pas. Il faut les encourager et leur expliquer que ce n'est pas perdu d'avance ! J'en suis la preuve.

* Tous les noms dans cet article sont des noms d'emprunt.

Entendu au barreau

Etre avocat.e.s noir.e.s à Genève aujourd'hui

Des Conseurs, Confrères, collègues, amies et amis ou simples connaissances nous livrent dans cet article leurs témoignages anonymes, dressant ainsi un aperçu de ce que les praticiennes et praticiens de notre Barreau ont encore à entendre, à subir et à digérer dans leur quotidien en 2022.

• J'arrive à Champ-Dollon pour voir un de mes clients et au contrôle de sécurité un gardien me signale que je n'ai pas le droit de prendre mon sac avec moi. Je lui réponds que j'ai le droit de le faire, il m'explique que non, puis j'insiste en lui disant que j'ai mes dossiers dedans et que j'ai le droit de le prendre. Il finit par dire : « Ah vous êtes avocate-stagiaire ! Je pensais que vous alliez voir votre mec, c'est pour ça ! »

Je ne devrais pas me formaliser pour ça, car je [ne suis] « pas si noire que ça »...

• Lors des pauses de midi au Ministère public, il était courant pour certains employés de s'amuser à imiter « l'accent africain ». Lorsque je signifiais que cela ne se faisait pas, on me répondait que ce n'était rien de moins que d'imiter l'accent neuchâtelois ou jurassien, que je ne devais pas me formaliser pour ça, car je n'étais « pas si noire que ça », et que j'étais particulièrement sensible à cela, car j'étais une « femme de couleur ». Il était également courant dans certains greffes de se moquer des accents de certains plaignants ou prévenus ou du fait qu'ils n'arrivaient pas à prononcer certaines lettres de la langue française. On m'a également expliqué qu'il y avait les « bons » noirs et les autres, c'est-à-dire les dealers.

• Lors d'une pause au Ministère public, une employée expliquait avoir fait un cours de sport la veille. Quelqu'un lui a demandé le nom de l'entraîneur. Elle a répondu « un black ». La personne lui a redemandé le nom et elle a répondu « je ne sais pas, il est black alors ça devait être N'Golo quelque chose du genre sûrement ».

• Avant une audience au TAPEM, habillé en costume noir, je m'annonce auprès de l'huissier qui cherche mon nom sur sa feuille durant plusieurs secondes sans me trouver et soudain il me dit : « Ah vous êtes avocat ? Voilà je vous ai trouvé ! » – il cherchait mon nom sur la liste des prévenus...

• En arrivant au Ministère public un matin d'hiver, je portais une parka par-dessus mon costume. Je rejoins mon client devant le bâtiment, un homme caucasien d'une quarantaine d'années qui s'était habillé lui aussi en costume. Nous entrons dans le bâtiment et lorsque je m'avance pour

me présenter auprès du gardien à la porte de sécurité je lui dis : « C'est pour une audience ». Avant de pouvoir lui en dire plus, il penche la tête vers mon client qui était derrière moi et me répond : « Vous êtes avec votre avocat ? » Ce à quoi je rétorque : « Non c'est moi l'avocat, je suis stagiaire et je viens pour une audience avec mon client ici présent. »

Vous avez fait vos études ici ?

• Je suis avocat noir avec un nom de famille à consonance germanique. À la recherche d'un stage d'avocat, je me rends à un entretien dans une Etude de la place. En arrivant, on m'installe dans la salle d'attente en me disant que l'on viendrait me chercher. Je précise que j'étais seul dans cette salle, habillé en costume-cravate comme de circonstance. Lorsque l'Associé responsable de l'entretien pénètre dans la salle d'attente, il regarde autour de lui et me dit : « Je cherche Monsieur Zbinden ». J'ai dû lui répondre que c'était bien moi Monsieur Zbinden.

• Durant une période j'avais décidé de laisser pousser mes cheveux qui formaient alors une légère Afro sur ma tête. Un matin à la machine à café, un Associé de l'Etude me voit et me demande, amusé, si je compte laisser pousser mes cheveux encore longtemps. Lorsque je lui réponds que je n'y ai pas vraiment réfléchi, il me rétorque : « Faites tout de même attention que ce ne soit pas perçu par les clients comme non professionnel ».

- Vous êtes avec votre avocat ?

- Non c'est moi l'avocat, je suis stagiaire et je viens pour une audience avec mon client ici présent.

• Avocat noir nouvellement actif au sein d'une Commission de l'Ordre, je sortais d'une réunion avec plusieurs Conseurs et Confrères lorsque je suis approché par un avocat reconnu de notre Barreau qui semblait intéressé à me parler. Il me salue, puis me demande : « D'où venez-vous ? » Je lui répond : « du Valais » – ce à quoi il rétorque d'un air amusé « Ah, il y a beaucoup de soleil en Valais... »

• À l'intersection entre sexisme et racisme : Un matin en salle d'attente avant une audience, j'étais assise à côté de

mon client. J'avais avec moi la valise à roulettes de l'Etude contenant le dossier, mon client, quant à lui, portait un sac à dos. L'huissier entre dans la salle, s'adressant à mon client « Bonjour Maître » ; s'adressant à moi : « Bonjour Madame »... Lorsque je lui fais remarquer que c'est moi l'avocate, l'huissier m'explique, comme pour se justifier, que « la plupart des avocats, surtout les "grands", sont des hommes ». Ensuite, lorsqu'il voit mon nom sur la liste il me demande si mon nom est Swahili (mon nom sonne autant Swahili qu'un nom anglais peut sonner espagnol...). Je lui dis que non, ce à quoi il répond tout de même qu'il adore le Swahili et qu'il trouve que c'est une belle langue. Je n'ai pas su quoi lui répondre. Je me serais bien passée de cet échange avant une audience pour laquelle je devais me concentrer...

• Lors d'un rendez-vous avec une cliente en compagnie de l'un des Associés de l'Etude, cette cliente s'adresse à moi en me posant la question : « Vous avez fait vos études ici ? » J'ai compris que dans son esprit, en tant que noir, il semblait peu probable que j'aie pu faire mes études de droit à Genève...

Ça a quand même aussi apporté du bon, la colonisation.

• Avocat stagiaire au sein d'une Etude de la place, dans laquelle nous n'étions que deux praticiens noirs, Charles et moi-même Yves. Précisons à cet égard que nous ne nous ressemblions absolument pas physiquement et que, à notre sens, nous étions très facilement différenciables compte tenu du fait que nous ne travaillions pas dans le même département. Lors d'une conférence interne à l'Etude, j'entre dans la salle de conférence et me retrouve face au Managing Partner. Celui-ci me regarde et me dit avec enthousiasme : « Bonjour Charles, comment allez-vous ? » Je n'ai pas su quoi répondre d'autre que « Non Maître, Charles c'est l'autre, moi c'est Yves. »

• J'étais appelée comme témoin au Tribunal. Durant l'audience, le juge émettait des commentaires salaces à propos de l'interprète et la regardait avec un regard libidineux. À l'issue de l'audience, devant les parties et moi-même, il a déclaré : « ça a quand même aussi apporté du bon, la colonisation. »

* Tous les (pré)noms dans cet article sont des (pré)noms d'emprunt.

Qu'est ce que le racisme ?

Entretien avec le Prof. Eric Fassin, sociologue



Définir les mots utilisés et vulgariser des notions complexes inhérentes à toute discussion sur le racismisme ainsi que prendre conscience de ce qu'elles sous-tendent, tels sont les buts visés par cet entretien.

Eric Fassin est Professeur à l'Université Paris-8 et membre senior de l'Institut Universitaire de France, et chercheur au Laboratoire d'études de genre et de sexualité (LEGS, CNRS - Paris 8 - Paris Nanterre). Il était jusqu'à l'an dernier Professeur invité du Master Études genre de l'Université de Genève. Il nous a fait l'honneur de répondre par écrit aux questions de Rebecca Stockhammer sur les mots race et racisme.

Le poids des mots

Le débat sur la conservation du terme « race » dans des textes juridiques est-il selon vous pertinent ? Faut-il bannir le terme « race » ?

En France, c'est un débat qui dure depuis des décennies. Les députés ont plusieurs fois voté pour supprimer le mot race de la Constitution (sans y parvenir jusqu'à présent). Il n'y apparaît pourtant qu'une fois, et sous une forme négative : « sans distinction de race » ; il est donc utilisé pour prohiber les discriminations raciales. Toutefois, du point de vue de ces parlementaires, utiliser le mot accèderait l'existence de la chose ; le conserver, ce serait donc faire le jeu du racisme.

Mais l'actualité donne un sens nouveau à cette offensive qui se répète. En effet, ce terme est désormais utilisé dans des cercles universitaires et militants antiracistes. Mais il n'est évidemment pas question de réhabiliter le racisme scientifique. Il s'agit en réalité, non pas de distinguer des races mais

de penser la race. Au pluriel, les racistes établissent des catégories empiriques, fondées sur la biologie : race blanche, noire, etc. Au singulier, il s’agit d’un concept antiraciste. Car la race est un mécanisme social d’assignation à des places subalternes ; sa spécificité, c’est de naturaliser cette hiérarchie en la fondant sur des caractéristiques physiques (comme la couleur de peau ou la nature des cheveux), et plus largement sur des propriétés visibles (d’où la possibilité de racialiser des religions, tels l’islam et le judaïsme, à partir de « signes »).

S’en prendre au mot race, ce n’est pas combattre le racisme. D’ailleurs, l’extrême droite évite d’ordinaire de parler de race : depuis longtemps, elle préfère parler de culture. Mieux : elle se drape aujourd’hui dans des principes universalistes, comme l’égalité des sexes ou la laïcité, pour mieux stigmatiser les personnes migrantes ou musulmanes et les minorités raciales. Dès lors, derrière le mot race, ce qui est visé, ce n’est pas le racisme ; c’est un antiracisme qui se veut politique, porté aujourd’hui, de plus en plus, par des personnes racisées.

Le terme « racisé » : d’où vient ce terme et quelle est son utilité et son usage ?

On peut distinguer la racialisation, qui touche l’ensemble de nos sociétés, de la racisation, qui concerne celles et ceux d’entre nous qui subissent des formes de racisme. Le premier terme signifie que l’ordre social est aussi un ordre racial ; tout le monde est donc concerné. En revanche, le second terme désigne seulement celles et ceux qui sont du mauvais côté des barrières raciales, et subissent le racisme. Contrairement à d’autres termes du lexique des études critiques sur la race (comme « racisme institutionnel », « blanchité » ou « aveugle à la couleur »), « racisé » n’est pas traduit de l’anglais ; il n’a pas été importé. Le concept a été développé par la sociologue féministe Colette Guillaumin il y a déjà un demi-siècle en France ; le mot y est repris hors du champ scientifique seulement depuis la deuxième moitié des années 2000, en particulier par le militantisme… racisé. Cela mérite d’être souligné : il y a bien une circulation entre les discours savants et militants. Voilà qui explique sans doute les campagnes médiatico-politiques, jusqu’au sommet de l’État, contre « l’islamo-gauchisme » supposé des universitaires. Ce qui fait peur à nos gouvernants, c’est le lien avec les mouvements sociaux : en effet, les activistes puisent dans la boîte à outils des sciences sociales.

L’intérêt de ces deux termes, c’est de mettre l’accent sur un processus. En anglais, on parle plus facilement de race qu’en français. Les recensements amènent à s’identifier racialement et les formulaires invitent quotidiennement à cocher des cases. Le risque de cette banalisation, c’est d’oublier que ces catégories n’ont de sens que pour décrire le résultat de la racialisation et de la racisation. Mais en français, on ne peut pas utiliser le mot race à la légère. On doit faire attention au sens qu’on lui donne. Or le terme racisé contribue à dénaturaliser la race : il regroupe des personnes noires, arabes, roms, asiatiques, etc. Il est donc fondé, non pas sur une couleur ou une origine, mais sur la manière dont sont traitées les minorités : elles sont altérisées, stigmatisées, infériorisées, bref minorisées. Dans les suffixes de tous ces mots, on retrouve bien le processus.

Pour combattre efficacement le racisme aujourd’hui, il est nécessaire de comprendre ce qu’il englobe. Pour ce faire, vous avez notamment parlé de la nécessité de procéder à un élargissement de définition, passant d’un racisme idéologique au racisme sociologique. Pouvez-vous expliquer de quoi il s’agit et le changement de perspective que sous-tend cette définition ? J’ai esquissé une histoire des trois âges de l’antiracisme au cours des dernières décennies. Le premier coïncide avec la percée du Front national dans les années 1980 : le racisme, ce sont en particulier les insultes et agressions racistes. Ce retour politique du racisme fait émerger, en réaction, un an-

ticrisme que j’appelle idéologique. En effet, il s’agit surtout de combattre l’idéologie de l’extrême droite – et donc de réfuter son discours, ses erreurs et ses mensonges. L’antiracisme se veut alors une réponse pédagogique aux racistes. Mais dans les années 1990 s’ouvre un second âge de l’antiracisme. Le racisme, on ne peut plus l’ignorer, ce ne sont pas seulement les insultes et les agressions ; ce sont aussi les discriminations, en particulier face à l’emploi ou au logement. Or les discriminations renvoient à une logique différente. Il n’y a pas besoin d’adhérer à une idéologie raciste pour discriminer. Songeons au monde universitaire : tout le monde (ou presque) est antiraciste ; et tout le monde (ou presque) est blanc. Il en va de même pour d’autres professions (journaliste ou… juriste). Autrement dit, c’est un racisme sans racistes. L’antiracisme est donc confronté, non seulement au racisme idéologique, mais aussi à ce que j’appelle le racisme sociologique, qui relève de logiques structurelles ou systémiques davantage qu’individuelles. Pour le penser, il faut changer de stratégie : il ne s’agit plus de contester intellectuellement ; il faut désormais des mesures volontaristes, jusqu’à la discrimination positive (comme c’est le cas pour les personnes en situation de handicap, ou pour les femmes). Cela implique aussi un changement de paradigme : le racisme est appréhendé à partir des résultats, quelles que soient les intentions. On peut parler d’un racisme en effet. Il ne s’agit donc plus tant de sonder les cœurs et les reins (êtes-vous raciste, ou pas ?). Il faut désormais interroger les victimes (subissez-vous le racisme, ou pas ?). C’est inverser le point de vue.

« En s’aveuglant à la domination, la justice servirait l’injustice. »

Il y a enfin, en France comme dans beaucoup d’autres pays, un troisième âge de l’antiracisme : depuis les années 2000, nous mesurons mieux l’importance du racisme politique. Ce qui a déclenché *Black Lives Matter*, ce sont les violences policières. En France aussi, les mobilisations contre ce racisme institutionnel sont fortes. Reste qu’on ne saurait le réduire à un mécanisme sans sujet. Certes, il y a des logiques structurelles, comme dans toute institution ; mais il en va aussi de politiques délibérées : souvent, les institutions (police, justice, gouvernement) couvrent ces violences, les nient, voire les encouragent. Il ne suffit donc pas de parler de « bavures ». L’aveuglement institutionnel délibéré est une forme de complicité, comme pour la pédocriminalité dans l’Église. En France, le ministère de l’Intérieur est même allé jusqu’à justifier la nécessité des contrôles au faciès… Lorsqu’on parle de « racisme d’État », beaucoup s’indignent pourtant : il faudrait réserver ce terme à l’Allemagne nazie ou à l’Afrique du Sud de l’apartheid, où le droit était explicitement raciste. On pourrait cependant discuter le rôle des lois visant l’islam en France ; mais il est vrai qu’elles ne s’y présentent pas ouvertement comme telles : celle de 2004, contre le hijab à l’école, porte en principe sur tous les signes religieux ; celle de 2010, contre le niqab dans l’espace public, ne parle même pas de religion (ce serait contraire à la Constitution), mais seulement de dissimulation du visage… Reste que l’État, ce n’est pas seulement le droit. L’action publique peut même être contraire au droit : la justice française a condamné l’État pour les contrôles au faciès. Autre exemple : l’antisiganisme est bien une politique d’État. D’ailleurs, la France a été interpellée par l’ONU à plusieurs reprises sur le racisme de sa politique à l’égard des Roms. On peut préférer parler de politiques de racialisation, plutôt que de racisme d’État ; l’essentiel, toutefois, c’est de nommer ce racisme politique en vue de le combattre.

Les trois âges de l’antiracisme nous ont fait prendre conscience qu’il n’y a pas que le racisme idéologique ; il y a aussi le racisme sociologique et le racisme politique. Tout réduire à cette première dimension, idéologique, c’est faire comme s’il s’agissait seulement des racistes, des autres et pas de nous. En revanche, prendre en compte les racismes sociologique et politique revient à accepter notre responsabilité collective. C’est notre société qui est racialisée, et, que nous le voulions ou non, les politiques publiques nous engagent tou-tes.

Le racisme anti-blancs

On le retrouve dans les médias et certains discours politiques en France notamment, le racisme anti-blancs existe-il ? Pour les sciences sociales, le racisme anti-blanc n’existe pas. Je ne dis pas ici une opinion ; c’est un fait. Pour le vérifier, il suffit de consulter les bases de données des revues scientifiques : l’expression (en français ou en anglais : « reverse racism ») y apparaît uniquement comme une figure du discours politique conservateur ou d’extrême droite – jamais comme un instrument analytique. Cette absence s’explique aisément : je l’ai dit, le racisme est un mécanisme social. Il ne s’agit pas seulement de comportements individuels. C’est ici qu’on voit l’utilité de distinguer les différentes logiques racistes : idéologique, sociologique et politique. S’il n’y avait que la première, on pourrait effectivement croire que la définition du racisme est « color-blind » (aveugle à la couleur) ; mais c’est absurde : le racisme est lié à la domination raciale. Il n’est donc pas réversible.

Il est vrai qu’en France, depuis 2014, la Cour d’appel de Paris a reconnu le racisme comme circonstance aggravante dans une affaire où avaient été proférées les insultes « sale Blanc » ou « sale Français ». Cette décision de justice est lourde de conséquences : elle revient à nier le racisme en s’aveuglant volontairement à la différence entre les groupes majoritaires et minoritaires. C’est oublier que seules les personnes racisées, par définition, sont exposées au racisme. Le principe même de la domination, c’est qu’elle n’est pas réversible. Reconnaître en droit le racisme anti-blanc, c’est nier la différence d’expérience entre des personnes qui, en raison de leur apparence, sont exposées à des violences policières, ou pas ; se voient refuser un logement ou un emploi, ou pas ; c’est effacer le fait que les minorités raciales sont surreprésentées au bas de l’échelle, alors que les élites sont presque uniformément blanches ; bref, c’est choisir d’ignorer la domination raciale dans la définition même du racisme. À quand des condamnations pour misandrie ou hétérophobie ? Ou encore, en miroir de l’antisémitisme, pour racisme anti-goy ?

Certes, la justice traite de cas particuliers, et donc d’individus ; mais il s’agit bien de logiques sociales. Sinon, c’en serait fini de la discrimination indirecte. Pour la prouver, il n’est pas besoin d’établir l’intention ; il suffit de constater le résultat. Et pour cela, il faut mesurer les effets qui touchent de manière disproportionnée un groupe par rapport à un autre. L’action de groupe, justement, qui est récemment entrée dans le droit français, peut ainsi s’appliquer aussi aux discriminations en reconnaissant leur dimension collective. D’ailleurs, le Défenseur des droits, institution de la République, a dénoncé à plusieurs reprises des « discriminations systémiques », qu’elles soient le fait d’employeurs (à l’égard de travailleurs maliens sans-papiers en 2019), ou de la police (contre des jeunes hommes racisés, en 2020).

On ne peut pas isoler une interaction ou une situation de tout contexte, sous peine d’en perdre le sens. Lancer des bananes ou des cris de singe à un footballeur noir, c’est du racisme. Associer une personnalité juive à l’argent, l’accuser de cosmopolitisme, la caricaturer avec un nez crochu, c’est de l’antisémitisme. Dans un cas comme dans l’autre, nous le reconnaissons, parce que nous connaissons l’histoire : il

hiver 2022 sous toutes réserves n°35

y a des échos dans le passé. En revanche, traiter quelqu’un de « sale Blanc » ne résonne pas avec une histoire telle que l’esclavage et la colonisation, les pogroms et les camps, ni avec une expérience actuelle comme les violences raciales ou antisémites.

D’où vient cette notion de racisme anti-blancs ? Qui l’utilise et dans quel but ?

C’est Jean-Marie Le Pen qui a lancé l’idée dès les années 1980, puis le mot. Encore au début des années 2010, même la droite hésitait à reprendre ce thème, sans parler du Parti socialiste. Après l’élection présidentielle de 2012, et en réaction à la nomination de Christiane Taubira comme Garde des Sceaux, Marine Le Pen exige une loi pour lutter contre « l’explosion du racisme anti-Blanc » ou « anti-Français », « qui fait des ravages dans les banlieues », mais que nieraient les partis gouvernementaux, l’UMP comme le PS. Autrement dit, cela fait moins de dix ans que la notion de racisme anti-Blanc a été reprise, politiquement, au-delà de l’extrême droite – y compris par une association antiraciste, la LICRA, qui s’est engagée pour diffuser cette conception, devant la justice en 2014, et depuis dans le débat public. Il est vrai qu’il y avait eu un travail de préparation intellectuelle : en mars 2005, à la suite d’un article du Monde sur des « violences anti-Blancs », un manifesté, signé par des personnalités alors plutôt réputées de gauche (Jacques Julliard, Alain Finkielkraut, Pierre-André Taguieff, Bernard Kouchner…), était allé jusqu’à dénoncer des « ratonnades anti-Blancs ». Le lien avec l’antisémitisme était suggéré dans cette initiative du mouvement sioniste Hachomer Hatzaïr et de Radio Shalom.

Parler de « ratonnades », un terme raciste hérité de la Guerre d’Algérie, en transformant ses victimes coloniales en bourreaux postcoloniaux, participe d’une logique de l’inversion qu’avait déjà dessinée Jean-Marie Le Pen en 1998 : « L’antiracisme, instrument politique d’aujourd’hui, comme le fut l’antifascisme avant-guerre, n’est pas un non-racisme. C’est un racisme inversé, un racisme anti-Français, anti-Blanc ». Aujourd’hui, l’extrême droite s’identifie à la Résistance, contre « l’Occupation » (musulmane) et contre les « collaborateurs » (islamo-gauchistes), considérés comme des « traîtres ».

Mais cette inversion rhétorique s’est répandue. En 2017, le ministre de l’Éducation nationale dénonce à l’Assemblée nationale tout le lexique de l’antiracisme du deuxième âge et du troisième : « On parle de “non-mixité raciale”, de “blanchité”, de “racisé” »; pour Jean-Michel Blanquer, « les mots les plus épouvantables du vocabulaire politique sont utilisés au nom d’un prétendu antiracisme alors qu’ils véhiculent évidemment un racisme. » Quand il annonce porter plainte contre un syndicat, SUD-Éducation 93, pour avoir organisé une discussion sur le « racisme d’État », il est salué par une ovation. Tout l’hémicycle se lève pour l’applaudir – à commencer par Marine Le Pen.

Bref, aujourd’hui, pour beaucoup, de l’extrême droite à une partie de la gauche, en passant par la droite et la majorité présidentielle, les nouveaux antiracistes sont des racistes, de même que les personnes racisées sont a priori suspects d’antisémitisme. La justice a même condamné le journaliste Taha Bouhafs en 2021 pour avoir traité Linda Kebbab, syndicaliste policière qui dédouane systématiquement son institution de toute accusation de racisme, d’« Arabe de service ». Cette insulte politique a été considérée par le tribunal comme une injure publique en raison de l’origine (le journaliste a fait appel). Bref, c’est un renversement complet qui s’opère sous nos yeux : il revient progressivement à vider le racisme de son sens, en effaçant la domination raciale.

Le racisme anti-blanc n’étant pas reconnu par les sciences sociales, comment appréhender le sentiment de rejet qui peut être ressenti face à des propos tels que « sale Blanc » ?

À l’instar de la famille Le Pen, le tribunal a jugé équivalentes

les insultes « sale Français » et « sale Blanc ». On confond souvent la nationalité et la couleur de peau, comme si la France était censée être blanche. Cette vision racialisée de la nation, elle ne vient évidemment pas des personnes racisées qu’elle en exclut ; elle résulte du racisme au quotidien. On finit par s’habituer à l’idée qu’il y a des Françaises et des Français qui le sont moins que d’autres. C’est donc dans ce contexte qu’il faut comprendre ces insultes, en réaction contre l’assignation à une place comme pour retourner l’injure habituelle : « sale Noir » ou « sale Arabe ». On me rétorquera sans doute que cela ne change rien au fait qu’il est violent de se faire insulter ou agresser de la sorte ; c’est vrai. Mais le droit permet de réprimer les violences verbales et physiques ; pourquoi serait-il nécessaire de constituer le racisme anti-Blanc en circonstance aggravante ? Comment se fait-il que s’impose aujourd’hui cette question, naguère réservée à l’extrême droite ? Imaginons un instant que le droit pénalise le racisme antiriches, ou anti-bourgeois : on voit d’emblée l’absurdité, comme on la voyait naguère pour le racisme anti-Blanc. Il est vrai que le racisme anti-pauvres, ou anti-prolétaires, n’existe pas pour le droit. Mais justement : on voit bien que reconnaître le racisme anti-Blanc revient à établir une symétrie qui n’a aucun sens. La justice ne peut pas, ne doit pas s’aveugler à la domination.

La blanchité et ses privilèges

Concept de la blanchité (« whiteness ») : de quoi s’agit-il ?

Pour nommer les propriétés qui s’attachent à la nationalité française, on parle de francité ; pour celles qui sont liées au fait d’être blanc, ou blanche, on parle de blanchité. Ce concept permet d’éviter de constituer un bloc : « les Blancs ». Car il ne s’agit pas d’enfermer un groupe social dans sa couleur de peau ou son origine (de la même manière, je ne dis pas « les Noirs » ou « les Arabes », ni « les Asiatiques », « les Roms », « les juifs », etc.).

Les études sur la blanchité ne montrent pas seulement un état de fait ; elles racontent une histoire. Je pense par exemple au titre célèbre : « Comment les Irlandais sont devenus blancs ». L’Irlande a entretenu avec l’Angleterre un rapport colonial : sa population a ainsi servi de prototype pour représenter la différence raciale. Mais, avec la migration, l’arrivée aux États-Unis a changé la donne. Devenir policier a permis par exemple une forme de blanchiment – et d’abord par contraste avec les personnes noires. On le voit, la blanchité n’est pas une essence naturalisée ; c’est une propriété qui dépend de contextes sociaux et politiques. Plus récemment, aux États-Unis, les Arabes, qui étaient un groupe ethnique au même titre que les Grecs ou les Italiens, pourraient bien avoir perdu leur statut de blanchité après le 11 septembre 2001…

La blanchité n’est donc pas la traduction mécanique d’une couleur de peau. C’est une position sociale. Quand on parle de privilège blanc, c’est pour nommer les bénéfices de la position majoritaire ou dominante, par contraste avec les coûts de la position minoritaire ou dominée. On peut dire aussi, comme David Roediger (après W.E.B. DuBois) : « salaire de la blanchité » ; ou pourquoi pas une « rente » (de situation) ; ou encore (pour rester dans les métaphores économiques) le « crédit » de la blanchité (on fait davantage crédit, littéralement ou pas, aux personnes blanches). L’important, c’est de ne pas réduire la race aux personnes racisées (« eux ») ; la racialisation, c’est tout le monde (« nous » tous et toutes). Et c’est de ne jamais oublier l’avantage relatif de la position majoritaire par rapport à la position minoritaire. Bien sûr, il n’y a pas que la question raciale ; il y a aussi le genre, la classe, et d’autres logiques de domination. Mais, dans le jeu social, nous avons dans notre main des cartes d’inégale valeur selon la place que nous occupons dans la hiérarchie raciale.

L’impact des biais cognitifs liés au racisme sur le travail des avocat·e·s

Quels sont les impacts liés aux biais cognitifs dont nous devons prendre conscience dans notre pratique du droit ?

Quand on est blanche, et qu’on a affaire à des personnes racisées, le premier écueil à éviter, c’est l’altérisation : renvoyer celles-ci à une altérité radicale, comme si nous étions de natures différentes. Le second écueil, en miroir, c’est l’universalisation : faire comme s’il n’y avait pas de différence entre nous, que nous soyons racisé·e·s ou pas. En fait, il ne s’agit pas d’affirmer ou de nier une différence. Ce qu’il faut, c’est se rappeler que nous sommes inévitablement pris dans des relations de pouvoir. C’est vrai de toutes les relations sociales, et de tous les milieux professionnels – entre avocat·e·s, mais aussi avec leurs client·e·s, comme entre professeur·e·s, ainsi qu’avec leurs étudiant·e·s. Autrement dit, le pouvoir n’est pas seulement à l’extérieur, dans la société ; il est aussi à l’intérieur de ces relations, dans nos métiers, au tribunal ou à l’université. Il ne suffit pas d’être antiraciste (idéologiquement) pour en avoir fini avec le racisme (systémique).

Pour l’avocate aussi, il est donc important d’avoir une posture réflexive. Du fait de notre position sociale, il y a des choses que nous voyons, et d’autres non. Il s’agit de prendre conscience que l’on a un point de vue sur le monde pour ne pas s’y enfermer. Toutefois, entendons-nous bien : il n’est pas question pour moi d’attiser la culpabilité de quiconque ; je me propose juste d’encourager la responsabilité. Il s’agit de prendre au sérieux le racisme systémique pour essayer d’en dérégler la mécanique. Et pour cela, commençons par nous poser des questions.

A quoi devrait être attentif une avocate amenée à défendre une personne racisée ?

À ne jamais oublier le contexte dans lequel celle-ci s’inscrit (les conditions sociales), sans pour autant l’y réduire…

Avez-vous un message que vous souhaiteriez adresser à une génération de jeunes avocate·s à Genève ?

Il est important de ne pas couper le droit des sciences sociales, car il est essentiel de penser la justice dans son contexte social. Dans un tribunal, pour chaque affaire, on voit des individus : ce sont les justiciables. De la même manière, la médecine examine des cas singuliers : les patients. Mais les avocat·e·s ne doivent pas l’oublier, pas plus que les médecins : les individus sont pris dans toute une histoire ; chaque interaction prend sens dans une situation sociale. Faute de le comprendre, on risque de vider de tout son sens la lutte contre le racisme. Liberté, égalité : les principes démocratiques ne sont pas des abstractions. En s’aveuglant à la domination, la justice servirait l’injustice.

Pour approfondir ces sujets :

- https://blogs.mediapart.fr/eric-fassin/blog/260919/le-mot-race
- https://blogs.mediapart.fr/eric-fassin/blog/090621/qu-est-ce-que-le-racisme-la-definition-en-proces
- https://www.binge.audio/podcast/kiffetarace/check-tes-privileges-blancs/?uri=check-tes-privileges-blancs%2F
- https://blogs.mediapart.fr/eric-fassin/blog/210115/les-trois-ages-de-lantiracisme
- https://www.binge.audio/podcast/kiffetarace/les-blancs-ont-ils-une-couleur
- https://www.rts.ch/info/monde/12208738-podcast-le-racisme-anti-blancs-ca-existe-vraiment.html
- https://www.franciculture.fr/societe/le-racisme-anti-blancs-existe-t-il
- https://www.letemps.ch/societe/racisme-antiblancs-l'expression-malaise
- La notion de « race » dans le droit suisse : à jeter aux oubliettes ? Entretien du Prof. Pascal Mahon par Samuel Jordan, Revue Tangram, édition 44 de 2020 : https://www.ekradmin.ch/585.html



Quelques fondamentaux au sujet de la norme pénale antiraciste

Jacopo Ograbek et Rebecca Stockhammer

La présente contribution se veut une introduction à la disposition pénale suisse pour la lutte contre le racisme destinée aux lecteurs et lectrices n'ayant pas d'expertise en la matière afin de leur permettre une meilleure appréhension de la lutte contre les discriminations et apprécier la présente édition du *Sous toutes réserves*.

Elle vise d'abord à rappeler le contexte historique ayant abouti à l'adoption de l'article 261 bis CP et exposer quelques notions clés liées à la norme pénale antiraciste. Elle dresse ensuite un tour d'horizon non exhaustif de la situation prévalant en Suisse à travers des cas publics récents ayant questionné la norme antiraciste, certaines mesures de prévention et finalement les actions actuellement en cours.

1. Rappel de la norme : contexte historique, volet répressif, volet préventif et recommandations du CERD à la Suisse

1.1 Contexte historique

Au début des années 1960, suite à de nouveaux épisodes d'antisémitisme, l'Assemblée Générale des Nations Unies a adopté la Résolution 1510 (XV) le 12 décembre 1960, invitant tous les États « à prendre toutes mesures nécessaires pour empêcher toutes les manifestations de haine entre races, religions ou nationalités » ainsi qu'à encourager une éducation qui respecte les buts des Nations Unies, qui comprennent notamment « le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous sans distinctions de race, de sexe, de langue ou de religion » (art. 1 §3 Charte des Nations Unies).

Cette résolution n'ayant pas d'effet contraignant et sous l'impulsion de plusieurs États africains, les Nations Unies ont adopté le 21 décembre 1965 la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ci-après, la Convention). La Convention a repris les deux obligations de la Résolution 1510, soit l'adoption d'une législation contre le racisme et l'éducation en faveur de la tolérance interraciale. Elle a ajouté l'interdiction de la propagande raciste, ainsi que l'instauration du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD) chargé de contrôler l'application de la Convention.

En Suisse, au cours des années 1980, plusieurs épisodes racistes et néonazis ont eu lieu : attaques contre des centres de requérant-e-s d'asile ; manifestations néonazies contre la présence des personnes tamiiles à Zoug ; croix en feu et saluts hitlériens au Grütli ; humiliation infligée à une femme racisée par un chef de groupe néonazi lors d'une émission à la RSF en août 1989 (David Eugster, *25 ans de débat sur la liberté d'expression en Suisse*, Swissinfo, 24 septembre 2019).

Dans ce contexte, la Suisse a entamé des discussions parlementaires pour promulguer une disposition contre le racisme et ainsi permettre son adhésion à la Convention. Suite au référendum et après un débat houleux opposant l'égalité à la « muselière de l'ONU » (Cf. *Libret avec les ex-*

plications du Conseil fédéral, votations 25 septembre 1994, p. 10), la Suisse a adopté l'article 261 bis CP (et l'article 171 c du CPM) le 25 septembre 1994 à 54,6 %, lui permettant de ratifier la Convention.

Inchangé depuis son adoption, l'article 261 bis CP est modifié le 9 février 2020 par 63,1 % du peuple suisse, qui a accepté l'introduction de l'orientation sexuelle aux côtés de l'appartenance raciale, ethnique ou religieuse, comme fondement de discrimination proscrite par cette disposition.

1.2 Volet répressif

L'adhésion à la Convention demande préalablement aux États de sanctionner les actes racistes dans leurs législations. La Suisse a concrétisé cette obligation par l'adoption de l'article 261 bis CP.

L'article 261 bis CP réprime six comportements typiques :

- l'incitation publique à la haine ou à la discrimination (art. 261 bis al. 1) ;
- la propagation publique d'une idéologie raciste (ou homophobe) (art. 261 bis al. 2) ;
- l'organisation ou l'encouragement d'une action de propagande publique (art. 261 bis al. 3) ;
- le rabaissement et la discrimination publiques (art. 261 bis al. 4 1^{re} partie) ;
- la négation publique d'un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité (art. 261 bis al. 4 2^e partie) ;
- le refus d'une prestation destinée à l'usage public (art. 261 bis al. 5).

Parmi les éléments constitutifs objectifs, il est pertinent de souligner la notion de publicité. La jurisprudence avait retenu initialement une définition directe de cette notion, dans la mesure où la publicité suppose que l'auteur s'adresse à un large cercle de destinataires déterminé-e-s ou qu'il s'exprime de manière telle qu'un cercle indéterminé de personnes peuvent prendre connaissance de son message (ATF 130 IV 111, consid. 3.1). Considérant que tout acte qui n'intervient pas dans un cadre privé, soit dans un cercle familial ou d'amis ou dans un environnement de relations personnelles ou empreint d'une confiance particulière (ATF 130 IV 111, consid. 5.2.2), est un acte public, le Tribunal fédéral a renversé sa jurisprudence pour consacrer une définition indirecte de la notion de publicité (ce qui n'est pas privé est public) (ATF 130 IV 111, consid. 5.2).

L'infraction est intentionnelle et le dol éventuel suffit, mais le comportement réprimé doit trouver sa genèse dans un mobile de haine ou de discrimination raciale (ATF 124 IV 121, consid. 2b). Selon la doctrine, l'article 261 bis CP ne trouve pas d'application « dans le cas d'une recherche scientifique objective ou d'un débat politique sérieux, exempt d'animosité ou de préjugé raciste » (Dupuis et al., *Petit Commentaire CP*, art. 261 bis ad N81)

1.3 Volet préventif

Comme prévu initialement par la Résolution 1510, et ensuite par la Convention, les États doivent non seulement punir les actes racistes mais également mettre en œuvre « des mesures immédiates et efficaces, notamment dans les domaines de l'enseignement, de l'éducation, de la culture et de l'information, pour lutter contre les préjugés conduisant à la discrimination raciale » (art. 7 de la Convention).

En exécution de cette obligation, la Suisse a créé la Commis-

sion fédérale contre le racisme (ci-après la CFR), laquelle « s'occupe de discrimination raciale, s'emploie à promouvoir une meilleure entente entre les personnes de race, couleur, provenance ethnique ou nationale, religion différentes, combat toute forme de discrimination raciale directe ou indirecte et attache une importance toute particulière à la prévention pour que celle-ci soit efficace » (Mandat de la CFR : https://www.ekr.admin.ch/la_cfr/f159.html).

Grâce à l'obligation des autorités administratives de communiquer les décisions ayant pour objet l'article 261 bis CP, la CFR recense lesdites décisions sur son site internet (Recueil de cas juridiques : <https://www.ekr.admin.ch/prestations/f269.html>). Les comportements relatés dans ces décisions de condamnation recensées par la CFR sont édifiants et, malheureusement, en nette augmentation en 2020 par rapport aux années précédentes (2017 à 2019).

1.4 Recommandations du CERD à la Suisse

Comme indiqué, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (ci-après le CERD) a été instauré pour surveiller l'application de la Convention. Le CERD rend des observations et recommandations à l'attention de tous les États signataires, dont la Suisse, instaurant ainsi un dialogue constructif entre les parties. La CFR et le Service de lutte contre le racisme, service rattaché au Département fédéral de l'intérieur, rendent des rapports destinés au CERD afin de permettre ce dialogue.

Dans ce contexte, le 3 décembre 2021, le CERD a rendu ses observations et recommandations à l'intention de la Suisse. Le CERD considère que la Suisse viole à plusieurs égards ses obligations conventionnelles.

En particulier, le CERD « regrette qu'en dépit de sa recommandation précédente [...] [la Suisse] n'a pas adopté une législation à l'échelon fédéral qui contienne une définition de la discrimination raciale, directe et indirecte, pleinement conforme à l'article premier de la Convention. » (CERD/C/CHE/CO/10-12, Observations finales concernant le rapport de la Suisse valant dixième à douzième rapports périodiques, §4). Le CERD invite aussi la Suisse à « adopter une disposition à caractère général dans le droit civil et administratif interdisant la discrimination raciale directe et indirecte dans tous les domaines de la vie privée et publique, et d'offrir des recours utiles et accessibles aux victimes de cette discrimination. » (CERD/C/CHE/CO/10-12, Observations finales concernant le rapport de la Suisse valant dixième à douzième rapports périodiques, §6.b). Il recommande à la Suisse « de prendre des mesures pour garantir que des enquêtes promptes, complètes et impartiales [soient] menées sur tous les cas d'incidents à caractère raciste infligés par des policiers ou impliquant des policiers, de s'assurer que les responsables éventuels de ces actes [soient] poursuivis et sanctionnés de manière appropriée, et d'offrir, le cas échéant, une réparation adéquate aux victimes ou à leurs familles. » (CERD/C/CHE/CO/10-12, Observations finales concernant le rapport de la Suisse valant dixième à douzième rapports périodiques, §18). Suite aux recommandations du CERD, l'État concerné doit rendre compte de ce qu'il fait pour les mettre en œuvre. Comme cela est usuel dans le système onusien, le CERD ne dispose d'aucun moyen de contrainte pour assurer cette mise en œuvre.

2. Aperçu de l'analyse jurisprudentielle effectuée sur mandat de la Commission fédérale contre le racisme

Les affaires relatives à l'application de l'article 261bis CP sont recensées par la CFR dans une base de données accessible en ligne. Cette base de données constitue une source importante d'informations quant aux types d'affaires portées devant les autorités de poursuites pénales et judiciaires suisses. En 2007, la CFR a fait établir une étude de la jurisprudence de 1995 à 2004 axée sur l'interprétation donnée par les tribunaux aux différentes notions liées à la norme pénale antiraciste. Plus récemment, la CFR a mandaté Madame Vera Leimgruber, juriste, pour effectuer une analyse qualitative de la jurisprudence relative à l'article 261bis CP de 1995 à 2019. Cette étude intitulée « La norme pénale antiraciste dans la pratique judiciaire » a été publiée en janvier 2021 et est disponible en ligne : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-82115.html>. Dans cette étude, Madame Leimgruber a traité de six thèmes identifiés par leur place dans la jurisprudence récente, dont nous vous proposons ici une synthèse. Pour des informations précises et des références complètes au sujet de la jurisprudence, les lectrices sont invitées à prendre connaissance de l'étude réalisée par Madame Leimgruber et des références citées.

Les tensions entre le racisme et la liberté d'expression
Il est admis que l'article 261bis CP protège en premier lieu la dignité humaine, ainsi que la paix publique lorsqu'il est question de négation de génocides.

Un conflit entre deux droits fondamentaux, tels que la liberté d'expression, garantie par l'article 16 Cst., et la dignité humaine protégée à l'article 7 Cst., doit en principe être résolu par une pesée d'intérêts pour déterminer lequel du droit fondamental doit primer. Toutefois, selon la doctrine dominante une atteinte à la dignité humaine ne peut en aucun cas être mise en balance avec d'autres droits fondamentaux, ce qui a pour conséquence que des propos discriminatoires ou racistes portant atteinte à la dignité humaine ne sauraient être justifiés par la liberté d'expression.

Dans le cadre de l'étude, Madame Leimgruber constate que le caractère attentatoire à la dignité humaine des propos ne faisait pas de doute dans de nombreuses affaires, raison pour laquelle les autorités pénales n'analysent pas en détail l'interaction avec la liberté d'expression.

En pratique, la liberté d'expression est analysée de manière approfondie lorsque les propos tenus l'ont été dans le contexte du débat politique ou scientifique, ce qui aboutit selon les cas à ne pas retenir de caractère punissable à des déclarations racistes. Une évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral à ce sujet a été constatée à la suite de la condamnation de la Suisse par la CourEDH dans l'affaire *Perinçek* (*Perinçek c. Suisse*, CourEDH, 15 octobre 2015), dans laquelle le Tribunal fédéral avait considéré que la liberté d'opinion et de la science ne permettait pas de défendre la négation du génocide arménien.

Le racisme dans les médias sociaux et sur internet

Une augmentation des cas de discrimination raciale sur internet a été constatée ces dernières années. La première condamnation pour un post sur Facebook remonte à 2010, alors que celle relative à des propos tenus dans un groupe Whatsapp date de 2019.

Concernant la notion de publicité dans le contexte du racisme en ligne, les mêmes critères jurisprudentiels sont appliqués par les tribunaux (cf. *supra* quant au changement de jurisprudence). En effet l'on considère que des propos sont tenus en public lorsqu'ils sont tenus par des personnes n'entretenant pas des liens personnels et étroits, que cela soit physiquement ou en ligne. Le caractère public a été

confirmé dans le cas d'un groupe de discussion Whatsapp avec une vingtaine de personnes n'entretenant pas toutes des relations personnelles et étroites.

Parmi les autres aspects récemment soulevés par la jurisprudence, on retrouve les questions ayant notamment trait à la responsabilité d'un fournisseur de service internet sur lequel des contenus à caractère raciste ont été dénoncés, à la territorialité lorsque des propos ont été obtenus par le biais de serveurs situés à l'étranger, lorsque l'auteur d'un post problématique se trouve à l'étranger, aux conséquences liées à la durée de visibilité d'un post litigieux si celui-ci est supprimé ou encore à l'utilisation de renvois sur d'autres liens internet dont le contenu est raciste.

Le traitement par les tribunaux des notions de « race » et d'« ethnique », respectivement d'« appartenance raciale » et « appartenance ethnique »

Pour rappel, la notion de race présente en droit suisse est comprise dans son acception sociologique et historique. L'étude de la CFR relève toutefois que la notion de race est définie de différentes manières par les autorités de poursuites pénales cantonales selon des approches différentes : perception extérieure ou propre au groupe racisé ou encore la race comme un ensemble de traits communs. Ces approches permettent de déduire des conceptions différentes de la notion de race.

Différentes terminologies se retrouvent ainsi dans la jurisprudence, par exemple « race noire présumée » ou « race présumée des personnes de couleurs », ce qui démontre vraisemblablement, selon l'auteur de l'étude, l'embaras des autorités de se rattacher à une notion qui peut être perçue comme raciste. Cela étant, le Tribunal fédéral a rappelé qu'il n'appartenait pas aux autorités cantonales de définir la race mais de juger si les éléments constitutifs d'une discrimination à caractère raciste étaient présents dans un cas donné. On rattache à une race ou une ethnique certaines caractéristiques physiques ou culturelles (langue, coutumes et traditions). L'étude rappelle la pratique du Tribunal fédéral, selon laquelle l'essentiel dans un cas d'espèce n'est pas de déterminer si les membres du groupe visés présentent véritablement les caractéristiques qu'on leur attribue ou qu'elles revendiquent (selon la perception interne ou externe de la race) mais seul est déterminant le fait qu'une distinction soit opérée sur la base d'un critère prohibé par l'article 261bis CP.

L'étude relève que seuls les « Noirs » et les « Balkaniques » ont été identifiés par les tribunaux comme « races » au sens de l'article 261bis CP. Quant à l'appartenance ethnique, l'étude fait part d'une incohérence jurisprudentielle en présence d'états de fait identiques et regrette cette insécurité juridique.

S'agissant de la nationalité par exemple, on peut observer que toutes les nationalités ne sont pas traitées de manière similaire. Certaines nationalités, visant en réalité un groupe ethnique ou une multitude d'ethnies, peuvent tomber dans le champ de l'article 261bis CP, ce qui n'est pas le cas lorsque la nationalité est visée en tant que telle.

L'utilisation de termes génériques ou collectifs est également problématique et traitée de manière différente par les tribunaux. Ainsi, les propos négatifs incluant les termes collectifs « les réfugiés » ou « les demandeurs d'asile » ne constituent pas systématiquement une discrimination au sens de l'article 261bis CP. La disposition pénale sera applicable uniquement s'ils sont utilisés comme synonymes ou terme générique désignant un groupe de personnes protégées par la disposition, étant rappelé que le statut juridique d'une personne ne fait pas partie du champ de protection de la norme pénale antiraciste.

La négation de génocides

L'application de l'article 261bis al. 4, 2^e partie CP, qui punit le fait de nier, minimiser ou chercher à justifier un génocide

ou d'autres crimes contre l'humanité, présuppose qu'un génocide soit reconnu en tant que tel. Il convient ainsi de vérifier s'il existe un large consensus sur les faits niés. L'Holocauste est un fait historique reconnu qu'il n'est pas nécessaire de prouver. La majorité des cas analysés dans l'étude concerne l'Holocauste.

La jurisprudence considère qu'est également constitutif de négationnisme le fait de nier une partie des faits (p. ex. l'existence de chambres à gaz). De plus, le fait de réfuter l'existence d'un génocide par des preuves pseudo-scientifiques constitue également un cas de négation. Par ailleurs, le fait de s'y référer en utilisant une appellation ou un synonyme (p. ex. la Nuit de Cristal pour un événement de l'Holocauste) suffit à l'application de la norme pénale.

On observe que le Tribunal fédéral fait preuve d'une certaine réserve dans les affaires liées à d'autres génocides que l'Holocauste depuis la condamnation de la Suisse par le Cour Européenne des Droits de l'Homme (CourEDH) dans l'affaire *Perinçek* pour violation dans la liberté d'expression. Pour rappel, Dogu Perinçek, homme politique turc, avait été condamné pour négation du génocide arménien lorsqu'il avait qualifié publiquement de « mensonge international ». Cependant la CourEDH a considéré que les propos de Perinçek « se rapportaient à une question d'intérêt public et n'étaient pas assimilables à un appel à la haine ou à l'intolérance, que le contexte dans lequel ils ont été tenus n'était pas marqué par de fortes tensions ni par des antécédents historiques particuliers en Suisse, [et] que les propos ne pouvaient être regardés comme ayant attenté à la dignité des membres de la communauté arménienne au point d'appeler une réponse pénale en Suisse » raison pour laquelle « il n'était pas nécessaire, dans une société démocratique, de condamner pénalement [Perinçek] afin de protéger les droits de la communauté arménienne qui étaient en jeu en l'espèce. » (*Perinçek c. Suisse*, CourEDH, 15 octobre 2015, §280).

Les affaires analysées par Madame Leimgruber permettent de mettre en évidence un traitement juridique différencié entre le génocide arménien et le massacre de Srebrenica d'une part, et l'Holocauste d'autre part, alors même qu'ils sont tous trois reconnus comme des génocides par une majorité de la communauté internationale. Il s'avère ainsi que l'existence d'un motif raciste n'est pas présumée alors que tel est le cas pour la négation de l'Holocauste. En outre, il est même arrivé que la preuve d'une incitation à la haine soit exigée, nonobstant le fait qu'il ne s'agisse pas d'un élément constitutif de la disposition réprimant la négation d'un génocide.

S'agissant de l'élément subjectif constitutif, le Tribunal fédéral a précisé dans un arrêt de 2019 que la négation ou minimisation d'un génocide ne suffisait pas et qu'il convenait d'analyser l'existence de convictions racistes chez l'auteur des propos dans le cas d'espèce. Seule exception, le mobile discriminatoire est systématiquement donné en cas de justification d'un génocide en raison de l'approbation inhérente chez l'auteur de tels propos.

L'utilisation de symboles racistes

Le droit suisse ne contient pas d'interdiction générale d'arborer des symboles racistes. Le fait de porter un symbole raciste n'est répréhensible que si l'utilisation du symbole a pour but de propager une idéologie au sens de l'article 261bis CP.

Il s'agit de distinguer l'usage d'un symbole raciste qui vise à afficher des convictions personnelles de celui qui sert à propager une idéologie ; l'adhésion à une idéologie raciste n'étant pas punissable.

Il ressort de l'étude entreprise par Madame Leimgruber que les autorités de poursuite pénale et les tribunaux suisses ont des pratiques parfois divergentes. Il ressort de certaines affaires que, pour être réprimée par la disposition pénale antiraciste, l'utilisation de symboles racistes doit avoir été

adressée à un large public avec le but avéré de l'influencer et le rallier à sa cause. La frontière entre l'adhésion ou l'idéologie peut ainsi s'avérer difficile à tracer et dépendra de circonstances concrètes du cas telles que le lieu où les faits se sont produits, la présence de tiers et la volonté de l'auteur.

L'analyse qualitative effectuée par Madame Leimgruber nous permet de cerner l'évolution récente des affaires en lien avec l'article 261bis CP portées devant les autorités pénales suisses. Les décisions en la matière dénotent une pratique non-uniforme engendrant une certaine insécurité juridique. Selon l'auteur de l'étude, les éléments constitutifs de discrimination requièrent encore une clarification jurisprudentielle. Enfin, il ressort selon nous des critères contraignants développés par la jurisprudence à ce jour que l'application de l'article 261bis CP demeure restrictive. La norme pénale se retrouve ainsi plus souvent appliquée dans les cas de comportements dont le caractère raciste s'impose de manière évidente tant objectivement que subjectivement.

3. Situation en Suisse : cas récents

Sans aucune prétention d'exhaustivité, nous mentionnons quelques exemples récents relatifs à la norme antiraciste dans les tribunaux et dans le débat public.

3.1 L'utilisation du mot N[...]gre dans le débat politique

En juin 2017, un parlementaire bernois de l'Union démocratique du centre (ci-après : UDC) s'est exprimé lors d'un débat du législatif de la ville de Berne en disant : « Jour après jour, on voit là-bas principalement des N[...]gres en train de dealer ». (cf. A. Grosjean, *À la droite d'Erich Hess, il n'y a plus que le mur*, 24 heures, 5 février 2019). Le Ministère public du canton de Berne a rendu une ordonnance de non-entrée en matière considérant que « dans une démocratie, il doit être possible de critiquer le comportement de certains groupes de population » et « pour qu'il y ait atteinte à la dignité ou discrimination au sens de la norme antiracisme, il ne suffit pas d'exprimer un jugement peu flatteur » (cf. ATS, *Parler de "négres" au Parlement est légal, selon le Ministère public bernois*, RTS info, 29 octobre 2017). Selon le prévenu, « le terme était "passé dans le langage quotidien" et n'était pas utilisé de manière blessante » (cf. ATS, *Parler de "négres" au Parlement est légal, selon le Ministère public bernois*, RTS info, 29 octobre 2017).

3.2 « On en redemande ! »

Le 22 août 2014, en réaction au communiqué de presse relatant une fusillade à la mosquée de Saint-Gall ayant fait un mort, un avocat et conseiller national UDC a écrit sur ses comptes Twitter et Facebook « On en redemande ! ». L'affaire est portée devant les tribunaux. Tant le Tribunal d'arrondissement de Sion que le Tribunal cantonal du Valais ont condamné l'intéressé pour violation de la norme antiraciste. Le jugement a finalement été confirmé par le Tribunal fédéral dans son arrêt 6B_664/2020 du 14 octobre 2020, considérant « qu'aucun doute insurmontable ne subsiste quant à la signification du message du recourant. [...] Aux yeux d'un lecteur moyen non averti, si le recourant n'a pas, à proprement parler, lancé un appel à l'homicide de musulmans, il n'en a pas moins invité ses lecteurs à se réjouir de l'événement tragique survenu dans une mosquée en en souhaitant la répétition. Or, le seul fait de se réjouir du mal qui arrive à quelqu'un exprime déjà une aversion constitutive de la haine [...]. Lorsque cette jubilation s'exprime spécifiquement à l'encontre de personnes pratiquant une religion, ce qui était clairement reconnaissable en l'espèce, en raison du lieu dans lequel est survenu le drame humain

que le recourant persiste à taxer "d'incident" dans ses écritures [...], elle procède de la discrimination et de l'appel à la haine » (Arrêt du Tribunal fédéral 6B_664/2020 du 14 octobre 2020, consid. 2.4).

Un recours à la CourEDH n'est pas exclu (cf. ATS, *Le Tribunal fédéral confirme la condamnation de l'UDC Jean-Luc Ador pour discrimination raciale*, Le Temps, 4 novembre 2020).

3.3 Racisme anti-asiatique et COVID

La pandémie de COVID a ravivé le racisme anti-asiatique. Des scènes dans les bus par exemple témoignent d'un amalgame inquiétant entre le virus et les personnes d'origines asiatiques ont été relayées. Des blagues racistes circulaient à foison sur les réseaux sociaux. C'est dans ce contexte que, suite à un sketch humoristique controversé traitant du COVID et imitant des personnes d'origine asiatique, Madame Brunschwig Graf, présidente de la CFR, a appelé qu'« On peut rire de tout mais s'en prendre à la dignité des autres n'est pas acceptable. Ici, on se moque d'individus sur la base de préjugés. On ne se moque pas d'un politicien qui aurait dérapé ou du régime politique en place en Chine ! On n'est plus au stade de l'humour » (cf. A. Juillard, *Claude-Inga Barbey scandalise en imitant les Chinois*, Blick, 14 décembre 2021).

3.4 Banalisation de la Shoah et manifestations loi COVID

Lors de plusieurs manifestations contre les différentes mesures adoptées par les gouvernements cantonaux et fédéral, des manifestant-e-s ont arboré des étoiles de David jaune s'inspirant ou copiant celles utilisées par le régime nazi à l'encontre des personnes issues de la communauté juive. Les comparaisons entre les crimes contre l'humanité perpétrés par le régime nazi et les « mesures covid » ont également été plus directes (cf. JBA, « *Génocide* », *l'UDC schwytoise soutient un élu après un discours controversé*, 20 Minutes, 18 octobre 2021). Alors que des voix se sont levées pour condamner ces actes comme étant une banalisation de la Shoah (C. Garnier, *L'amalgame entre le pass sanitaire et le nazisme, lors de la manifestation de samedi à Reims, ne passe pas*, L'union, 18 juillet 2021), il a été souligné que l'article 261bis CP ne réprime que l'acte de minimiser grossièrement un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité fait avec un motif raciste (cf. JBA, « *Génocide* », *l'UDC schwytoise soutient un élu après un discours controversé*, 20 Minutes, 18 octobre 2021).

4. Mesures de prévention et actions à saluer

Les cas récents présentés, les faits à l'origine du mouvement *Black lives matter* ou encore les constatations révélées récemment par la déclaration adressée par le Groupe de travail d'experts de l'ONU sur les personnes d'ascendance africaine (<https://www.ohchr.org/Documents/Press/WGEPAD-CH-2022-01-26-FR.pdf>) viennent rappeler l'importance constante d'investir dans la lutte et la prévention des discriminations, notamment de la discrimination raciale, auprès de la population suisse.

Dans ce contexte, quelques initiatives de prévention méritent d'être saluées.

4.1 Plateforme de signalement

La Commission fédérale contre le racisme a lancé, en novembre 2021, une nouvelle plateforme de signale-

ment des discours de haine racistes en ligne disponible sur le lien suivant : <https://www.reportonline racism.ch/f101.html>. Ce projet pilote doit permettre de faciliter le signalement de discours et contenus racistes en ligne par la population suisse et d'obtenir une meilleure analyse de la situation en Suisse.

4.2 Podcast

Le Service de lutte contre le racisme du Département fédéral de l'intérieur a lancé en novembre 2021 une série de podcasts intitulée « Parlons-en ! 20 voix sur le racisme ». L'intégralité des dix épisodes sera publiée d'ici mars 2022, disponible en ligne (www.slr.admin.ch/podcast). Grâce à l'intervention de différent-e-s expert-e-s, le débat est lancé sur les défis auxquels la lutte contre le racisme est confrontée. Plus d'informations sont contenues dans le communiqué de presse du SLR (<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-85775.html>).

4.3 Semaine contre le racisme

Enfin, plusieurs cantons romands organisent annuellement « La Semaine contre le racisme » à l'occasion de la Journée internationale pour l'élimination de la discrimination raciale qui a lieu le 21 mars, en proposant des tables-rondes, projections, ateliers de cuisine ou d'écriture... Nous vous invitons à prendre part aux différents événements organisés à Genève du 19 au 27 mars 2022. Le programme est disponible en ligne sous le lien <http://www.ville-ge.ch/sacr/programme.html> (accès direct avec le QR code ci-dessous).



Les discriminations raciales en droit du travail

Céline Squaratti et Thomas Romelli

Alors que certains ne peinent encore à saisir qu'en Suisse, tout comme ailleurs, de nombreuses personnes sont victimes d'actes racistes, le mouvement *Black Lives Matter* a toutefois permis de sensibiliser notre pays à ce fléau. En effet, si la Suisse ne partage certes pas le passé colonial de ses voisins, les discriminations raciales y sont bel et bien le quotidien de nombreuses personnes.

A ce jour, le lieu de travail serait le domaine le plus touché par les discriminations raciales en Suisse. Sur 572 cas recensés dans le dernier rapport sur les incidents racistes établi par les membres du Réseau de centres de conseil pour les victimes de racisme, 339 ont été répertoriés dans le domaine du travail et du secteur privé, soit plus des deux tiers¹. Les victimes font notamment état d'humiliations, d'inégalités de traitement par des supérieurs et de comportements dénigrants ou irrespectueux de la part de collègues de travail. Après la xénophobie, avec 304 cas recensés, c'est le racisme anti-Noirs, avec 206 cas, suivi par l'hostilité envers les personnes de confession musulmane et le racisme anti-arabes, avec 55 cas ex-aequo, qui sont les motifs de discrimination les plus souvent invoqués².

La notion juridique de discrimination raciale

Même si la Suisse ne dispose pas de loi anti-discrimination exhaustive, plusieurs dispositions légales permettent de définir et interdire les discriminations raciales, que ces dispositions soient issues du droit national ou international, la Suisse étant signataire de différentes conventions internationales prohibant le racisme et la discrimination raciale. Ainsi, selon l'article 1 de la Convention internationale de l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 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 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 ». Par ailleurs, en vertu de l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale, la Confédération, les cantons et les communes sont soumis à l'interdiction de discrimination.

En outre, la norme pénale antiraciste (article 261bis du Code pénal suisse) interdit toute discrimination raciale ayant lieu dans le domaine public. Elle rend illégal tout comportement qui rabaisse de façon implicite ou explicite une personne à cause de sa couleur de peau, de sa religion ou de son appartenance ethnique ou culturelle, de même que tout comportement qui nie son droit à l'existence.

La discrimination raciale sur le lieu de travail

En droit du travail, les outils juridiques à disposition pour défendre les intérêts des victimes de discriminations raciales sont la protection de la personnalité (articles 2 et 28 du Code civil suisse (CC)), le devoir de protection du travailleur et le principe de non-discrimination (article 328 du Code suisse des obligations (CO)), la protection contre le licenciement (article 336 CO) et l'interdiction de discrimi-

nation contractuelle de manière générale (articles 19, 20, 21 CO et article 28 CC).

Sur le lieu du travail, les discriminations raciales peuvent survenir à différentes étapes des rapports contractuels, soit (i) avant le début des rapports de travail (i.e. en amont de l'embauche ou lors de l'embauche), (ii) dans le contrat de travail, (iii) durant les rapports de travail, (iv) lors du congé ou (v) après la cessation des rapports de travail.

Les discriminations avant le début des rapports de travail

La liberté contractuelle du droit suisse confère aux employeur-euses le choix de déterminer leurs propres critères et évaluations lors de l'embauche. Ces dernières sont donc libres d'accepter ou refuser la candidature de quiconque, sans devoir nécessairement justifier leur choix au regard du poste à pourvoir.

Puisqu'aucun contrat n'est signé avant les rapports contractuels, les victimes de discrimination raciale au moment de l'embauche ne peuvent faire valoir leurs droits que par le biais d'une violation de leur personnalité, l'application de l'article 328 CO avant la prise d'emploi étant contestée par la doctrine. En effet, contrairement à la Loi sur l'égalité (Leg), dont le but est de promouvoir l'égalité entre femmes et hommes, qui prévoit notamment l'interdiction de toute discrimination à l'embauche et permet à la personne lésée de prétendre au versement d'une indemnité par l'employeur (articles 3 al 2, 4 et 5 al. 2 Leg), il n'existe aucune norme juridique équivalente au sein de la législation suisse en cas de refus d'embauche fondée sur une discrimination raciale. Par ailleurs, protéger les droits des victimes de discrimination raciale avant le début des rapports de travail demeure difficile. En effet, la protection juridique conférée par les articles 2 et 28 CC est insuffisante tant sur le plan des preuves à fournir que sur les effets juridiques qu'elle confère.

Dès lors, quiconque accuse une employeur-euse d'actes racistes en invoquant une violation de la personnalité doit le prouver. L'article 28 CC ne prévoit pas d'allègement du fardeau de la preuve et n'impose pas à l'employeur-euse de motiver son refus. C'est donc au à la candidat-e de prouver qu'il/elle est victime de racisme. En cas de refus d'embauche, il suffira à l'employeur-euse de soutenir qu'il/elle se fonde sur des critères objectifs personnels.

Au demeurant, même si le candidat-e parvient à recueillir des preuves suffisantes, les actions défensives prévues par l'article 28a CC, dont l'objectif consiste à prévenir, faire cesser ou constater une atteinte, ne sont pas à même de remédier efficacement au trouble, soit en l'espèce l'absence d'embauche. Le candidat-e ne peut en effet pas demander un nouvel emploi par ce biais. Il ne reste donc que les actions réparatrices en dommages-intérêts, en réparation du tort moral et en remise du gain (article 28a alinéa 3 CC). Cependant, une indemnisation pour tort moral n'est octroyée en pratique qu'en cas de violation grave des droits de la personnalité³. De plus, si la victime obtient des excuses ou des regrets sincères, la justice pourra considérer la reconnaissance de la discrimination comme une réparation⁴. Ainsi, le plus souvent, le candidat-e ne pourra prétendre qu'au remboursement des frais de dossiers.

Il sied de préciser que les offres d'emploi excluant certains groupes en raison de leur ethnie, race ou religion, ou encore

de leur origine contreviennent à la norme pénale sur la discrimination raciale (article 261bis CP). Dans ce contexte, une plainte pénale à l'encontre de l'employeur-euse pourrait être déposée⁵.

Les discriminations raciales dans le cadre des rapports de travail

Une fois lié-e par un contrat de travail, en sus de la protection conférée par les articles 2 et 28 CC, l'employé-e jouit de la protection des articles 19, 20, 21 et 328 CO.

En général, une discrimination pourra donc constituer une infraction au principe de l'égalité de traitement au sens de l'article 328 CO.

Si le contrat est lui-même discriminatoire, l'article 20 CO permet alors à la victime d'annuler certaines clauses du contrat de travail, voir le contrat dans son ensemble. Par ailleurs, l'article 328 CO interdit la discrimination arbitraire des employés d'une même employeur-euse. Le caractère arbitraire est présumé si aucune raison objective ne justifie un traitement différencié. Ceci suppose que l'employé-e soit traité-e de façon clairement distincte de la majorité de ses collègues et d'une manière qui porte atteinte à ses droits de la personnalité.

De surcroît, en cas de mobbing à caractère raciste (i.e. rabaisser une personne dans sa dignité par des propos racistes), il est de la responsabilité de l'employeur-euse de veiller à gérer les conflits de manière appropriée en donnant à ses employés des directives pour éviter tout comportement discriminatoire au sens de l'article 321d alinéa 1 CO, sous peine d'enfreindre l'article 328 CO⁶.

Dès lors, les actions en cessation des discriminations, en rectification des clauses discriminatoires du contrat de travail et en dommages-intérêts en vertu des articles mentionnés ci-dessus offrent aux personnes lésées plusieurs possibilités de réparation.

Cependant et à l'instar des actions intentées pour violation des droits de la personnalité, aucun allègement du fardeau de la preuve n'est prévu par les articles 20 et 328 CO, si bien qu'il incombe encore et toujours à l'employé-e d'apporter la preuve de la discrimination raciale subie.

Les discriminations raciales après la fin des rapports de travail

L'article 336 alinéa 1 lettres a et b CO offre une protection contre les licenciements fondés sur une discrimination. En vertu de cet article, un licenciement est abusif s'il est prononcé sur la base de caractéristiques inhérentes à la personnalité de la personne licenciée. Un licenciement est également abusif s'il est donné à une employé-e qui s'est défendue contre des actes à caractère raciste. Cela vaut également pour l'employé-e qui a requis de son employeur-euse qu'il/elle prenne des mesures de protection appropriées contre le mobbing à caractère raciste.

Il est toutefois à nouveau exigé de la personne licenciée de prouver le caractère discriminatoire de son congé, la loi ne prévoyant pas de renversement ou d'allègement du fardeau de la preuve dans ces cas.

En cas d'abus établi, l'employeur-euse peut légitimer le congé par des motifs justificatifs prévus par la loi. Il sied de préciser qu'un licenciement discriminatoire n'entraîne pas sa nullité. Partant, la victime pourra unique-

ment espérer obtenir une indemnité s'élevant au maximum à six mois de salaire (cf. article 336a alinéa 1 et 2 CO). A cet égard, il n'est pas nécessaire de prouver qu'un dommage a été causé pour qu'une telle demande d'indemnisation puisse être invoquée.

Les risques liés à la voie judiciaire

Au vu de ce qui précède, nous constatons que certes il existe des dispositions légales permettant à l'employé-e d'intenter une action contre son employeur-euse avant, pendant et après les rapports de travail. Cependant, cela ne signifie aucunement que ces moyens sont propres à protéger efficacement les victimes de discrimination raciale. Tout d'abord, la situation juridique incertaine liée aux actes racistes rend l'accès à la justice difficile. En effet, un tel acte n'est pas forcément illicite au regard du droit privé, une pesée des intérêts en jeu étant souvent nécessaire afin d'apprécier l'illegalité du traitement discriminatoire. De plus, les actions à disposition des victimes ne sont pas forcément efficaces pour remédier au litige.

Ensuite, l'accès à la justice peut également être rendu difficile en raison des frais perçus. Certes, les procédures en conciliation et au fond dans les litiges relevant du droit du travail et dont la valeur litigieuse n'excède pas CHF 30'000 n'engendrent aucun frais judiciaire. Néanmoins, il revient quand même à chaque partie de supporter ses frais d'avocat-e et, dans certains cantons, ceux de la partie adverse en cas de défaite.

Enfin, comme évoqué précédemment, une personne qui invoque en justice une discrimination dans le cadre de ses rapports de travail doit systématiquement prouver les faits qu'elle allègue en vertu du principe général inscrit à l'article 8 CC. Selon une étude réalisée par le Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), cet aspect constitue dans les procédures civiles et administratives relatives au droit du travail l'« un des principaux obstacles » à l'accès des personnes victimes de discriminations raciales⁷.

Vers un allègement du fardeau de la preuve ?

Un allègement du fardeau de la preuve pourrait rendre l'accès à la justice des victimes de discrimination raciale plus aisé. Dans le domaine des discriminations basées sur le sexe, les Chambres fédérales ont bien su mettre en vigueur un mécanisme permettant de palier à cette incertitude juridique, notamment selon l'article 6 Leg.

C'est ainsi qu'il « suffit » pour une victime de discrimination fondée sur le sexe de réunir des indices permettant de rendre la violation « vraisemblable ». Si elle y parvient, la discrimination sera alors présumée et le fardeau de la preuve incombera à son employeur-euse. Cette dernière devra alors prouver que la différence de traitement est justifiée par des motifs objectifs.

Le droit européen connaît déjà un tel mécanisme juridique dans le domaine des discriminations raciales puisqu'il impose à ses Etats membres d'instaurer un renversement du fardeau de la preuve dans leurs systèmes juridiques respectifs dans les cas où « des faits permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte »⁸. En pratique, cela fait déjà plus d'une décennie que cela a été instauré dans la plupart des pays de l'Union Européenne⁹. Pour le Conseil fédéral, un tel mécanisme n'est « pas réaliste » au motif qu'un « allègement général du fardeau de la preuve dans les cas de discrimination requerrait un consensus sur le fait que ces victimes méritent une meilleure protection que celles qui ont fait l'objet d'un licenciement abusif »¹⁰. Il ajoute également qu'il s'agit d'une thématique « très controversée sur le plan politique »¹¹, raison pour laquelle il a décidé de ne pas y donner suite dans sa motion de 2016. Le Conseil fédéral a préféré mettre l'accent notamment sur la sensibilisation et la collecte de données sur la discrimination afin de combattre le racisme sur le lieu de travail¹². Pour rappel, une personne licenciée en raison de son sexe peut se prévaloir de l'allègement du fardeau de

la preuve prévu par la LEg. On peine donc à comprendre le parti pris du Conseil fédéral, qui admet tout de même qu'une « série d'obstacles procéduraux » se dressent devant les victimes de discrimination raciale¹³.

L'allègement du fardeau de la preuve ne résoudra pas à lui seul les cas de racisme en droit du travail. Néanmoins, il s'agit d'un point essentiel qui a su faire ses preuves aussi bien dans les Etats voisins que dans notre propre système juridique. Cette solution permettrait de répondre au premier besoin dans ce contexte, soit l'accès à la justice¹⁴. Une augmentation des cas portés devant les tribunaux permettrait enfin de créer une jurisprudence quasi inexistante en la matière, et donc d'accroître la sécurité juridique. Le problème aujourd'hui n'est pas dû au fait que les droits des victimes sont lésés devant les tribunaux, mais plutôt que les victimes de discrimination raciale n'envoient même plus la voie juridique, faute de moyens de preuve¹⁵. Revendiquer la sensibilisation et la collecte de données sur la discrimination comme fer de lance pour la lutte contre le racisme, notamment au vu du retard de la Suisse dans ce domaine, démontre bien les priorités politiques du moment. En attendant les suites éventuelles du mouvement *Black Lives Matter*, les victimes de discrimination sont moins protégées et soutenues en Suisse que partout ailleurs sur le continent¹⁶.

- Incidents racistes recensés en 2020 par les membres du Réseau de centres de conseil pour les victimes de racisme, Rapport sur la discrimination raciale en Suisse établi sur la base des données du système de documentation et de monitoring du racisme DoSyRa, p. 12 et 13.
- Idem*, p. 16 et 17.
- Kurt Pärli, Melanie Studer, Diskriminierungsrecht (2014), Teil 3: Rechtslage nach Themen / Arbeit und Existenzsicherung, p. 132.
- Guide juridique Discrimination raciale, Tarek Naguib, 2009, p. 62.
- Idem*, p. 57.
- Guide juridique Discrimination raciale, Tarek Naguib, 2009, p. 62.
- Walter Kälin, Reto Locher, Accès à la justice en cas de discrimination, 2015, p. 66.
- Art. 10 de la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.
- Comparative study on access to justice in gender equality and anti-discrimination law, 2011.
- Conseil Fédéral, Le droit à la protection contre la discrimination, Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Naef 12.3543 du 14 juin 2012. (25.05.2016), p. 14 et 15.
- Idem*, p. 15.
- Idem*, p. 17 et 18.
- Idem*, p. 21.
- Voir notamment Walter Kälin, Reto Locher, Accès à la justice en cas de discrimination, 2015, pp. 66.
- Idem*.
- Index de la Suisse, Solano, Giacomo & Huddleston, Thomas (2020). Migrant Integration Policy Index 2020. Barcelona/ Brussels: CIDOB and MPG, p. 16



Les instruments et mécanismes internationaux en matière de lutte contre les discriminations raciales

Frédéric Bernard, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève, avocat au Barreau de Genève, et **Vista Eskandari**, Assistante-Doctorante à la Faculté de droit de l'Université de Genève, titulaire du brevet d'avocate

Le numéro spécial que *Sous toutes réserves* consacre aux discriminations raciales en Suisse est un rappel important et bienvenu de la nécessité et de l'urgence de lutter contre ce phénomène. Il fournit également l'occasion de faire le point sur les divers instruments internationaux et mécanismes liant la Suisse dans ce domaine et de s'interroger sur l'efficacité de leur mise en œuvre.

Il permet également de marquer le vingtième anniversaire de la Conférence mondiale des Nations Unies contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, qui s'est tenue en 2001 à Durban, en Afrique du Sud¹. A cette occasion, « [t]irant inspiration de la lutte héroïque du peuple sud-africain contre le système institutionnalisé d'apartheid », les Etats membres des Nations Unies ont adopté la Déclaration et Programme d'action de Durban (« DDDPA »)², dans laquelle ils affirmaient notamment « qu'à l'aube du troisième millénaire la communauté internationale doit assigner un rang de priorité élevé à la lutte contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, ainsi que contre toutes les formes et manifestations odieuses et changeantes qu'ils revêtent » (DDPA, p. 5)³. Le programme d'action adopté à cette occasion énonce des mesures concrètes, tant au niveau national qu'international, que les Etats sont appelés à mettre en œuvre pour promouvoir et protéger les victimes de discriminations raciales, parmi lesquelles notamment les personnes d'ascendance africaine, les personnes migrantes, les peuples autochtones et les personnes roms.

Enfin, ce numéro spécial arrive, de manière opportune, alors que la pandémie de COVID-19 frappe la planète depuis plus de deux ans. En effet, comme Michelle Bachelet, la Haute-Commissaire des Nations Unies, le relevait en octobre dernier déjà, cette pandémie a plus particulièrement touché les personnes victimes de discriminations raciales, dans la mesure où celles-ci sont surreprésentées dans les franges les plus précarisées de la population⁴. Ce faisant, la situation sanitaire a révélé les inégalités raciales à travers le monde tout en participant à leur accroissement⁵. En Suisse aussi, les personnes touchées par la discrimination raciale, notamment la population issue de la migration, se sont vues plus particulièrement affectées par les répercussions de la pandémie et les mesures adoptées pour la contenir⁶.

Dans la présente contribution, nous nous proposons de présenter les principaux instruments internationaux en matière de lutte contre les discriminations raciales (cf. *infra* 1), d'évaluer l'usage qui en est fait en Suisse (cf. *infra* 2) puis de conclure en ouvrant certaines perspectives (cf. *infra* 3).

1. Les instruments internationaux en matière de lutte contre les discriminations raciales

Le système international de protection des droits humains comprend aujourd'hui de nombreux textes qui traitent de la lutte contre les discriminations raciales.

De manière générale, ce système a commencé à se développer à la fin de la seconde guerre mondiale. Son acte fondateur est la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée le 10 décembre 1948 à Paris par l'Assemblée générale des Nations Unies⁷. La Déclaration, qui demeure l'un des textes juridiques internationaux les plus complets en matière de protection des droits humains, puisqu'elle inclut à la fois des droits civils et politiques et des droits sociaux⁸, pose, à son article premier, le principe selon lequel « [t]ous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ». Ce principe est complété par l'art. 2 de la DUDH, qui précise que « chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune », notamment de race.

La principale faiblesse de la Déclaration – revers, en quelque sorte, de son contenu révolutionnaire – est sa nature déclaratoire. Dans les années qui ont suivi, de nombreux efforts ont donc été menés pour rendre juridiquement contraignants les droits énoncés dans la Déclaration, par le biais de l'adoption de traités internationaux liant les Etats les ayant ratifiés. C'est dans ces traités qu'il convient de rechercher les textes et mécanismes internationaux liant la Suisse en matière de lutte contre les discriminations raciales.

En ce qui concerne les Etats européens, ces efforts ont porté sur deux niveaux : celui, « régional » (au sens de « continental »), du Conseil de l'Europe (cf. *infra* 1.1) et celui, « universel » (au sens de « planétaire »), des Nations Unies (cf. *infra* 1.2). Ainsi que nous le verrons, ces deux niveaux possèdent cependant de nombreuses ressemblances (cf. *infra* 1.3).

1.1 Conseil de l'Europe

A titre de préambule, il est intéressant de noter que les velléités européennes d'agir de manière autonome ont donné lieu à l'époque à de vives discussions, symbolisées par le débat entre deux éminents juristes français, René Cassin et Pierre-Henri Teitgen⁹. Alors que ce dernier jugeait souhaitable la mise en place d'un système régional, il premier y voyait un risque de relativisme susceptible d'affaiblir les démarches universelles. C'est finalement la première des deux thèses qui l'emporta.

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, plus connue sous le nom de Convention européenne des droits de l'homme (« CEDH »), a été adoptée à Rome, le 4 novembre 1950. Elle est entrée en vigueur le 3 septembre 1953 – au moment

du dépôt du dixième instrument de ratification –, la Suisse l'ayant, pour sa part, ratifiée une vingtaine d'années plus tard, le 28 novembre 1974.

Cet instrument protège exclusivement les droits dits civils et politiques, dont le droit à la vie (art. 2 CEDH), l'interdiction de la torture et des mauvais traitements (art. 3 CEDH), le droit à un procès équitable (art. 6 CEDH), la liberté de religion (art. 9 CEDH) ou encore la liberté d'expression (art. 10 CEDH). Le contrôle du respect des obligations découlant de la Convention est assuré par la Cour européenne des droits de l'homme, qui siège à Strasbourg et peut être saisie par le biais de requêtes interétatiques ou individuelles dirigées contre l'Etat partie concerné (art. 33 et 34 CEDH). L'art. 14 CEDH, intitulé « Interdiction de discrimination », est rédigé comme suit : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

Comme le fait apparaître sa lecture, cette disposition n'est pas indépendante des droits substantiels protégés par la Convention : elle n'a ainsi vocation à s'appliquer qu'aux discriminations liées à la jouissance de ces derniers. L'art. 14 CEDH a cependant une portée autonome, dans la mesure où il est applicable et peut être enfreint même en l'absence de violation de la disposition substantielle de base¹⁰.

Au fil des années, la CEDH a été complétée par plusieurs protocoles additionnels (seize à ce jour, dont quinze sont entrés en vigueur). Ces protocoles sont de deux types : ils peuvent soit porter sur des questions de structure et d'organisation des mécanismes de contrôle – ainsi, le protocole n° 11, entré en vigueur en 1998, a rendu obligatoire la compétence de la Cour, jusqu'alors dépendante d'une déclaration d'acceptation de chaque Etat membre –, soit procéder à la reconnaissance de droits substantiels supplémentaires par rapport à ceux qui figurent dans la Convention.

S'agissant de l'interdiction des discriminations, le protocole additionnel n° 12, adopté en 2000 et entré en vigueur en 2005, revêt une importance particulière, puisque son article premier donne une portée générale à l'interdiction de la discrimination : « Article 1.1. La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. 2. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1. » A l'heure actuelle, la Suisse n'a toutefois ni signé ni ratifié ce protocole¹¹, de sorte qu'il ne s'applique pas sur le territoire

helvétique et que son respect ne peut être contrôlé par la Cour en ce qui concerne la Suisse.

Le Conseil de l'Europe a, par ailleurs, adopté un deuxième instrument général dans le domaine des droits humains qui garantit les droits sociaux (ou « économiques, sociaux et culturels » dans la terminologie onusienne) tels que le droit au travail (art. 1), le droit à la protection de la santé (art. 11) ou encore le droit au logement (art. 31). Il s'agit de la Charte sociale européenne (CSE), adoptée en 1961 et révisée en 1996, dont l'article E, intitulé « Non-discrimination », indique que « [l]a jouissance des droits reconnus dans la présente Charte doit être assurée sans distinction aucune fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, la santé, l'appartenance à une minorité nationale, la naissance ou toute autre situation. » La Suisse n'a ni signé ni ratifié la Charte révisée¹². Le respect des engagements pris en vertu de la Charte est contrôlé par le Comité européen des Droits sociaux. Ce dernier examine les rapports nationaux que les Etats se sont engagés à lui remettre périodiquement (art. 21 et 22 CSE). En cas d'acceptation de la part de l'Etat concerné, le Comité peut également être saisi de réclamations collectives par les partenaires sociaux ou d'autres organisations non-gouvernementales.

Le Conseil de l'Europe a par ailleurs élaboré de nombreuses conventions thématiques incluant le thème de la lutte contre les discriminations raciales, certaines ratifiées par la Suisse, d'autres non. A titre d'exemple, l'art. 3 de la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains (2005), ratifiée par la Suisse en 2012, prévoit que la mise en œuvre de la Convention, en particulier la jouissance des mesures visant à protéger et promouvoir les droits des victimes, doit être assurée sans discrimination aucune.

Enfin, il convient de mentionner l'existence de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, créée en 1993 lors du Sommet des chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres du Conseil de l'Europe. Ses activités consistent notamment à assurer un suivi périodique dans les Etats membres du Conseil de l'Europe et à formuler des recommandations générales, dont, par exemple, la Recommandation de politique générale n° 7, adoptée en 2002 et révisée en 2017, consacrée au thème de la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale.

1.2 Nations Unies

La dichotomie présente en Europe, entre la protection accordée aux libertés et celle qui prévaut en matière de droits sociaux, dans la mise en œuvre de la Déclaration universelle des droits de l'homme se retrouve au niveau onusien. Ainsi, le 18 décembre 1966, lorsque les efforts visant à rendre juridiquement contraignants les droits énoncés dans la Déclaration aboutirent, ceux-ci furent répartis par l'Assemblée générale des Nations Unies dans deux traités distincts : le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (« Pacte ONU II »), dont le contenu correspond globalement à celui de la CEDH, et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (« Pacte ONU I »), dont le contenu est parent de celui de la Charte sociale européenne. Le Pacte ONU I est entré en vigueur le 3 janvier 1976 et le Pacte ONU II le 23 mars 1976, après le dépôt respectif du trente-cinquième instrument de ratification. La Suisse a ratifié ces deux instruments le même jour, le 18 juin 1992.

Le Pacte ONU II contient plusieurs dispositions interdisant la discrimination raciale, en particulier l'art. 26, selon lequel « [t]outes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi » et qui prescrit que la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race. Le Pacte ONU I prévoit, pour sa part, que les Etats parties doivent

garantir que les droits énoncés seront exercés sans discrimination aucune, notamment fondée sur la race (art. 2 § 2).

Par ailleurs, l'année précédente, en décembre 1965, l'Assemblée générale des Nations Unies avait adopté la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD). Il s'agit d'un instrument majeur, qui définit la discrimination raciale (art. 1) et contient une série d'obligations visant à interdire et éliminer la discrimination raciale sous toutes ses formes, par le biais de la mise en œuvre de politiques appropriées (voir notamment art. 2 CERD). Cette Convention, entrée en vigueur le 4 janvier 1969, a été ratifiée par la Suisse le 29 novembre 1994. D'autres conventions des Nations Unies dans le domaine des droits humains, par exemple la Convention relative aux droits de l'enfant adoptée en 1989, contiennent également une interdiction de la discrimination raciale (voir art. 2 de la Convention)¹³.

Ces conventions font partie des neuf principaux traités onusiens relatifs aux droits humains¹⁴. Chacun de ces traités est doté d'un organe international de contrôle composé d'experts indépendants : le Comité des droits de l'homme pour le Pacte ONU II, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels pour le Pacte ONU I et le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale pour la CERD.

Dans le système onusien de protection des droits humains, la ratification d'un traité entraîne automatiquement l'obligation de soumettre des rapports périodiques – en général tous les deux ans – à l'organe de contrôle compétent (voir, par exemple, art. 9 al. 1 CERD). Dans ce rapport, les Etats doivent présenter les mesures législatives, judiciaires, administratives ou autre qui donnent effet aux dispositions du traité. La société civile et les organisations non gouvernementales ont également la possibilité de soumettre des rapports concernant la situation du pays¹⁵. Le Comité prend connaissance de ces documents et communique à l'Etat ses préoccupations et ses recommandations par le biais d'« Observations finales ».

Au surplus, dans le cadre de chacun de ces neuf traités, il est loisible aux Etats membres, s'ils le souhaitent, de reconnaître la compétence du Comité concerné pour recevoir et examiner des communications formées par des personnes ou groupes de personnes relevant de sa juridiction, mais cette démarche est optionnelle et volontaire (voir, par exemple, art. 14 al. 1 CERD). A l'heure actuelle, bien que la Suisse ait ratifié les quatre conventions précitées, elle n'a accepté le mécanisme de plainte individuelle qu'en faveur du Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et du Comité pour les droits de l'enfant¹⁶. Enfin, les différents Comités adoptent des observations ou des recommandations générales, dans lesquelles ils synthétisent leur interprétation du traité sur un sujet déterminé, à l'exemple de la recommandation générale n° 31 du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, consacrée à la discrimination raciale dans l'administration et le fonctionnement du système de justice pénale.

Le système onusien comprend également des entités créées par l'Assemblée générale des Nations Unies, en particulier le Haut-Commissariat aux droits de l'homme et le Conseil des droits de l'homme. Ce dernier, qui siège à Genève¹⁷, est un organe intergouvernemental qui a été créé en 2006 pour remplacer l'ancienne Commission des droits de l'homme. Le Conseil des droits de l'homme, dont la mission consiste à renforcer la promotion et la protection des droits humains « autour du globe », adopte notamment des résolutions, dont certaines traitent du thème des discriminations raciales, à l'exemple de sa Résolution du 19 juin 2020, intitulée « Promotion et protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales des Africains et des personnes d'ascendance africaine contre les brutalités policières et autres violations des droits de l'homme »¹⁸. Dans cette résolution, le Conseil « condamne fermement les pratiques raciales discriminatoires et violentes aux

- Plusieurs événements sont prévus pour marquer le vingtième anniversaire de la Conférence de Durban, notamment dans le cadre du Conseil des droits de l'homme. Voir UNDOC A/HR/45/47.
- Voir UNDOC A/CONF.189/12.
- En 1993, à l'issue de la Conférence mondiale des Nations Unies sur les droits de l'homme, les Etats avaient déjà insisté sur le fait qu'« [e]liminer rapidement et intégralement toutes les formes de racisme et de discrimination raciale, ainsi que de xénophobie, et l'intolérance dont elles s'accompagnent, est pour la communauté internationale une tâche prioritaire. » Cf. UNDOC A/CONF.157/23 (p. 7).
- La pandémie de Covid-19 affecte de manière disproportionnée les personnes victimes de discrimination raciale, ONU Info, 12 octobre 2020 : <https://news.un.org/fr/story/2020/10/1079662> (site web consulté le 15 mars 2021).
- Ibid.*
- Département fédéral de l'intérieur, Service de lutte contre le racisme, Cas potentiels de discrimination en lien avec le coronavirus, Etat de la situation : juillet 2020.
- Pour une présentation de la Déclaration universelle comme l'achèvement d'un (long) processus historique et, simultanément, la naissance d'une nouvelle ère, voir TOM BINGHAM, *The rule of law*, Londres 2010.
- Le seul texte dont le contenu s'approche de la Déclaration en termes de contenu est la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée en 2000. Voir PATRICK GAIA, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Revue française de jurisprudence*, 2004/2, p. 227 ss, p. 233.
- ANGELO JR GOLIA / LUDOVIC HENNEBEL, The Intellectual Foundations of the European Court of Human Rights, in I. De la Rasilla / J. Vinuales (éd.), *Experiments in International Adjudication : Historical Accounts*, Cambridge 2019, p. 263 ss, p. 265.
- PIETER VAN DIJK / FRIED VAN HOOFF / ARJEN VAN RIJN / LEO ZWAAK (éd.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5^e éd., Cambridge 2018, p. 999.
- En l'état, le Conseil fédéral a renoncé à adhérer à cet instrument, tout en précisant qu'il « continuera néanmoins d'observer la jurisprudence et d'examiner les possibilités de transposer ce texte dans le système juridique suisse ; le cas échéant, il organisera une consultation des cantons. » Voir Conseil fédéral, Douzième rapport sur la Suisse et les conventions du Conseil de l'Europe du 11 septembre 2020, FF 2020 7827, p. 7837.
- La Suisse avait signé, mais jamais ratifié, la Charte sociale européenne originale de 1961. Dans son Rapport sur la Charte sociale européenne révisée du 2 juillet 2014, qui faisait suite à un postulat de la Commission de politique extérieure du Conseil des Etats (FF 2014 5449), le Conseil fédéral concluait que « d'un point de vue juridique, il apparaît que la Suisse serait aujourd'hui en mesure d'accepter les six articles indispensables du nouveau dur et, ainsi, de ratifier la CSE révisée ». Le gouvernement précisait toutefois qu'il se prononcerait sur le principe d'une ratification de la Charte « lors d'une prochaine étape » (p. 5499).
- La Convention relative aux droits de l'enfant est entrée en vigueur le 2 septembre 1990 et a été ratifiée par la Suisse le 24 février 1997.
- Voir la liste complète sur le site du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme : <https://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx> (site web consulté le 15 mars 2021).
- Voir le guide sur la manière dont la société civile et les organisations non gouvernementales peuvent participer : <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CERD/50/Pages/Participate.aspx> (site web consulté le 15 mars 2021).
- Voir l'état des ratifications et déclarations d'acceptation de la Suisse sur le site du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme : https://tinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=CHE&Lang=EN (site web consulté le 15 mars 2021).
- Dans la Salle des droits de l'Homme du Palais des Nations dont le plafond a été décoré en 2007-2008 par l'artiste espagnol Miquel Barceló.
- CDH, Résolution 43/1, A/HR/RES/43/1, 19 juin 2020.

quelles les forces de l'ordre continuent de recourir contre des Africains et des personnes d'ascendance africaine, qui ont notamment entraîné la mort de George Floyd le 25 mai 2020 dans le Minnesota, comme indiqué au neuvième alinéa du préambule, et le décès d'autres personnes d'ascendance africaine, et condamne également le racisme structurel dans le système de justice pénale ». En conséquence, le Conseil prie la Haute-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme d'élaborer un rapport « sur le racisme systémique et les violations du droit international des droits de l'homme commises par les forces de l'ordre contre des Africains et des personnes d'ascendance africaine ».

Dans le cadre de ses activités, le Conseil des droits de l'homme institue également des « procédures spéciales » en mandatant des expertes et experts indépendants pour rendre compte de la situation en matière de droits humains¹⁹. L'objet de ces procédures spéciales est défini soit par un thème (par exemple, la Rapporteuse spéciale sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires ou le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires), soit par un pays (par exemple, le Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme en Érythrée)²⁰.

Les titulaires de procédures spéciales déploient une activité vaste et diversifiée : ils ont la possibilité d'adresser des appels urgents concernant des cas présumés de violation des droits humains, d'effectuer des visites de pays visant à établir les faits et de soumettre des rapports dans lesquels ils peuvent tant faire le point sur l'état du droit objectif (*de lege lata*) que procéder à des recommandations sur son évolution souhaitable (*de lege ferenda*). Ces procédures spéciales ont une importance telle qu'en 2006, l'ancien Secrétaire général des Nations Unies, Kofi Annan, les a qualifiées de « joyaux de la couronne » du système onusien de protection des droits humains²¹.

Parmi ces procédures spéciales, aujourd'hui au nombre de cinquante-cinq, il convient de mentionner le mandat de Rapporteuse spéciale sur les formes contemporaines de racisme, créé en 1993 et confié depuis 2017 à Tendayi Achiume. Conformément à ce qui vient d'être exposé, la Rapporteuse spéciale peut notamment être saisie d'une communication par toute personne qui s'estime victime de discrimination raciale par le biais d'une simple lettre décrivant les circonstances dans lesquelles la violation a eu lieu, en précisant le lieu et la date ainsi que les auteurs présumés de la violation²². Elle est ensuite libre d'intervenir ou non et pourra, le cas échéant, adresser une lettre au gouvernement concerné, en exposant la violation alléguée des droits humains, en sollicitant des clarifications, en demandant qu'une action soit entreprise pour mettre fin à la violation ou encore en rappelant le contenu des dispositions internationales applicables.

Finalement, il convient de mentionner que des traités internationaux en matière de lutte contre les discriminations raciales ont aussi été conclus dans le cadre des institutions spécialisées de l'ONU, qui regroupent dix-sept organisations internationales coordonnant leur travail avec les Nations Unies par le biais d'accords négociés²³. Tel est le cas, en particulier, de l'Organisation internationale du travail (OIT), dont la Convention n° 111, adoptée en 1958 et ratifiée en 1961 par la Suisse, est relative à la discrimination en matière d'emploi et de profession. Son article 2 prévoit que « [l]out Membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à formuler et à appliquer une politique nationale visant à promouvoir, par des méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux, l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, afin d'éliminer toute discrimination en cette matière », la discrimination étant définie comme comprenant notamment toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race (art. 1 al. 1 let. a).

En 1998, cette convention a été intégrée par les Etats

membres de l'OIT parmi les huit conventions fondamentales de l'Organisation, en sa qualité de concrétisation de l'un des quatre principes et droits fondamentaux au travail : l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession²⁴. En conséquence, la Convention n° 111 est dotée d'un caractère contraignant pour tous les Etats membres de l'OIT, que ceux-ci l'aient ratifiée ou non²⁵.

1.3 Synthèse

La coexistence de ces deux ensembles de protection des droits humains ne doit pas faire oublier que, du point de vue de la hiérarchie des normes internationales, les systèmes régionaux et universels se situent au même niveau. Ils consistent, en effet, en des traités internationaux multilatéraux qui, une fois leur texte adopté au sein de l'organisation concernée, sont ouverts à la ratification des Etats. Ils se caractérisent, au surplus, par de nombreuses similitudes, tant en ce qui concerne les droits protégés que les modes de contrôle institués. Leur principale différence réside, en réalité, dans leur champ d'application géographique.

Sous l'angle procédural, les différents mécanismes de requêtes ou plaintes individuelles supposent l'épuisement préalable des voies de recours nationales (voir art. 35 § 1 CEDH et art. 14 § 7 CERD). La coexistence des systèmes a pour conséquence qu'une fois la décision de la plus haute juridiction nationale en mains, la personne requérante a fondamentalement le choix de saisir l'organe international ayant sa préférence parmi ceux que l'Etat concerné a acceptés. Dans certains cas, le choix est définitif : ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme déclarera irrecevable la requête individuelle qui serait essentiellement la même que une requête précédemment examinée par la Cour ou déjà soumise à une autre instance internationale d'enquête ou de règlement (art. 35 § 2 let. b CEDH)²⁶. Dans d'autres cas, en particulier devant le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, la saisine préalable d'une autre instance internationale ne constituera pas un obstacle à la recevabilité de la communication²⁷. Les processus européens et universels sont lents et plusieurs années sont souvent nécessaires pour qu'une décision soit rendue. En Suisse, sous l'angle procédural, un arrêt de la CourEDH peut conduire à la révision de l'arrêt concerné du Tribunal fédéral (art. 122 LTF), mécanisme qui n'est pas prévu pour le système onusien.

La procédure de communication individuelle peut être schématiquement illustrée par le mécanisme mis en place par la CERD. Ainsi, comme cela est également le cas de la CourEDH, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale commence par analyser si la requête est recevable. Il est, en particulier, nécessaire que la personne requérante ait épuisé tous les recours internes disponibles, pour autant que les procédures de recours n'excedent pas des délais raisonnables (art. 14 § 7 let. a CERD). Le délai pour déposer une communication individuelle au Comité est de six mois à compter de la dernière décision rendue au niveau national (art. 14 § 5 CERD). Dans le cadre de l'examen au fond, le Comité commence par établir si un acte de discrimination raciale, tel que défini à l'article 1 de la CERD a été commis et détermine ensuite si l'Etat partie a manqué à une des obligations relatives aux protections énoncées dans la Convention. Le Comité adresse ensuite ses suggestions et recommandations éventuelles à l'Etat partie et à la personne requérante (art. 14 § 7 let. b CERD).

La saisine de la Rapporteuse spéciale contre les formes contemporaines de racisme, qui ne s'apparente pas à une procédure judiciaire ou quasi-judiciaire, se distingue dans la mesure où elle peut intervenir par l'envoi d'une simple lettre et n'exige pas l'épuisement des voies de recours internes. Elle n'est, par ailleurs, pas considérée comme un mécanisme d'enquête ou de règlement international qui conduirait à l'irrecevabilité d'une communication devant l'un des Comités²⁸.

2. La mise en œuvre des instruments internationaux en Suisse

Nous allons à présent procéder à un aperçu d'affaires suisses ayant été soumises à des mécanismes internationaux en matière de discrimination raciale, d'abord au niveau régional (cf. *infra* 2.1), puis au niveau universel (cf. *infra* 2.2).

2.1 Au niveau régional

Depuis la ratification par la Suisse de la CEDH en 1974, la Cour européenne des droits de l'homme n'est entrée en matière que sur un nombre d'affaires très restreint impliquant le respect de l'art. 14 CEDH en raison d'une allégation de discrimination fondée sur la race, l'origine ethnique, la couleur de peau ou encore la religion²⁹. Trois des cinq affaires qui ont été communiquées à la Suisse par la Cour ont, au surplus, fait l'objet d'une décision d'irrecevabilité³⁰. En revanche, parmi les affaires communiquées dans lesquelles l'interdiction de discrimination en raison des origines a été invoquée, la Cour a récemment rendu un arrêt dans le cas *Lacatus contre Suisse*, relatif à l'interdiction genevoise de la mendicité. La requérante, une femme rom, qui avait fait l'objet d'une amende pour mendicité et avait dû effectuer cinq jours de prison pour le non-paiement de cette même amende³¹, se plaignait notamment d'avoir été atteinte de manière inadmissible dans sa vie privée et victime de discrimination en raison de sa situation sociale, de sa fortune et de ses origines³². Elle argumentait, en effet, que l'interdiction de la mendicité avait un impact discriminatoire sur les personnes roms en situation précaire³³. Dans son arrêt, la Cour a condamné la Suisse à l'unanimité pour violation du droit au respect de la vie privée (art. 8 CEDH). En revanche, malgré de longs développements, dans la majeure de son raisonnement, consacrés au caractère potentiellement discriminatoire de l'interdiction de la mendicité³⁴, la Cour n'a pas examiné la requête sous l'angle de l'art. 14 CEDH : « La Cour, ayant conclu à une violation de l'article 8 de la Convention, estime qu'il n'y a pas lieu de statuer séparément sur le grief fondé sur l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention. »³⁵

Il convient également de mentionner la requête dans l'affaire *Wa Baile contre Suisse*, qui est actuellement en cours d'examen par la Cour. Cette requête, qui a été communiquée au gouvernement suisse le 28 août 2020, porte sur une allégation de profilage racial sur la base de la couleur de peau lors d'un contrôle d'identité par des agents de police et du caractère suffisant de l'enquête menée par les autorités helvétiques (art. 14 CEDH cum art. 8 et 6 § 2 CEDH). Cette requête se distingue par le caractère central de l'allégation de violation de l'interdiction de discrimination et il sera donc intéressant de voir la suite qui lui sera donnée par la Cour.

De manière générale, il ressort de ce qui précède que l'argument de la discrimination en raison de la race ou de l'origine ethnique réelle ou supposée au sens de l'art. 14 CEDH occupe une place mineure dans la jurisprudence de la Cour concernant la Suisse. Au surplus, même lorsque cet argument est invoqué de manière étayée, la Cour estime fréquemment, lorsqu'elle a identifié une violation du droit de base, qu'il ne lui est pas nécessaire de statuer séparément sur l'argument tiré de l'art. 14 CEDH³⁶. Cette position est regrettable, car elle conduit à affaiblir l'autonomie de l'art. 14 CEDH et empêche le développement d'une jurisprudence forte en matière de discrimination (directe et indirecte)³⁷.

2.2 Au niveau universel

Comme indiqué ci-dessus, le mécanisme de communication individuelle n'a pas été accepté par la Suisse en ce qui concerne les deux Pactes, de sorte qu'entre ici essentiellement en ligne de compte la jurisprudence du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale. Bien que le mécanisme de plainte individuelle au Comité pour l'élimination

de la discrimination raciale ait été accepté par la Suisse en 2003, on ne compte à ce jour que deux communications déposées³⁸. La première d'entre elles, A. M. M. contre Suisse, a été déposée le 8 janvier 2012³⁹. L'auteur, agissant en son propre nom, se plaignait notamment du refus d'octroi, par les autorités helvétiques, d'une autorisation de séjour autre qu'une admission provisoire (permis F), statut qui le restreignait dans ses droits. Il alléguait ainsi diverses violations de la CERD, en particulier le fait que les pratiques des services étatiques étaient discriminatoires et portaient atteinte à « ses origines et ses acquis personnels socioculturels ». Il déplorait également le manque de réactivité des autorités suite à ses nombreuses plaintes auprès des institutions.

Dans son opinion, le Comité a estimé que l'auteur n'avait pas établi de manière non équivoque que les discriminations qu'il imputait aux autorités étaient fondées sur son origine ethnique ou nationale, et non sur son statut d'étranger en admission provisoire⁴⁰. Il a donc conclu à la non-violation des dispositions de la CERD, expliquant qu'il n'était « pas convaincu que les faits dont il a été saisi constituent une discrimination fondée « sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique » au sens de l'article premier de la Convention »⁴¹. Néanmoins, dans son opinion, le Comité a attiré l'attention de la Suisse sur les conséquences néfastes du statut de l'admission provisoire et s'est référé à sa recommandation générale n° 30, adoptée en 2004, au sujet de la discrimination contre les non-ressortissant-e-s dans le domaine du travail. Il a ainsi recommandé à la Suisse de revoir sa réglementation relative au régime de l'admission provisoire, « afin de limiter autant que possible les restrictions à la jouissance et à l'exercice des droits fondamentaux, plus particulièrement les droits relatifs à la liberté de circulation, surtout lorsque ce régime se prolonge dans le temps »⁴².

La seconde communication individuelle à l'encontre de la Suisse a été déposée le 12 décembre 2012. Il s'agit du cas de *Benon Pjetri*, représenté par l'association *Humanrights.ch*⁴³. Le pétitionnaire s'est plaint que la procédure de naturalisation qu'il a dû effectuer et au cours de laquelle sa naturalisation n'a pas été acceptée était basée sur des motifs discriminatoires en raison de son origine albanaise, ainsi qu'en raison de son handicap qui l'empêchait d'exercer un travail. Le Comité a également considéré que les informations dont il disposait n'étaient pas de nature à démontrer que le rejet de la demande de naturalisation était fondé sur des critères discriminatoires liés à son origine nationale ou ethnique et a donc conclu à la non-violation par la Suisse des dispositions de la Convention⁴⁴.

Comme mentionné plus haut, le mécanisme des rapports périodiques offre au Comité une autre opportunité d'examiner l'état des discriminations raciales en Suisse. A titre d'exemple, dans ses dernières observations finales concernant la Suisse, le Comité a recommandé que celle-ci adopte une législation contenant « une définition claire et complète de la discrimination raciale, directe comme indirecte, couvrant tous les domaines de la vie privée et publique »⁴⁵. La Suisse, quant à elle, a soumis, le 3 décembre 2018, son rapport valant dixième à douzième rapports périodiques. Son examen n'a pas encore pu être mené par le Comité, en raison des reports provoqués par la crise sanitaire, mais quatre organisations de la société civile ont d'ores et déjà déposé des rapports qui seront étudiés simultanément : *Swiss NGO Platform Human Rights*, la *Law Clinic* sur les droits des personnes vulnérables de l'Université de Genève, la *Commission fédérale contre le racisme et le Centre Suisse pour la Défense des Droits des Migrants (CSDM)*⁴⁶. Enfin, il convient de dire quelques mots des communications adressées à la Rapporteuse spéciale sur les formes contemporaines de racisme. Celles-ci ayant un caractère confidentiel, il n'est possible de connaître que les com-

munications auxquelles une suite a été donnée, lesquelles s'élevaient au nombre de trois⁴⁷. La dernière de ces communications concerne la mort de plusieurs personnes d'ascendance africaine dans le canton de Vaud, qui pourrait être due à l'usage excessif de la force par la police⁴⁸. Elle a conduit la Rapporteuse spéciale, conjointement avec d'autres titulaires de procédures spéciales (dont le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants), à adresser le 27 mai 2019 un courrier au Gouvernement suisse, dans lequel ils relaient les faits rapportés et demandaient des réponses à plusieurs questions, parmi lesquelles : « Concernant le décès de M. Lamin, pourriez-vous nous informer si ce dernier a reçu une assistance médicale lors de sa détention ? »⁴⁹. Le Chef du Département fédéral des affaires étrangères a répondu à cette interpellation par courrier du 24 juillet 2019⁵⁰.

Il est hors de doute qu'il est difficile ou délicat pour la victime d'une situation de racisme d'apporter un degré de preuve étayant ses allégations de manière suffisante⁵¹. Pourtant, ce constat ne suffit pas pour expliquer pourquoi les instruments et mécanismes internationaux de protection contre les discriminations raciales donnent lieu à un si faible nombre de cas concernant la Suisse examinés par des organes de contrôle internationaux. En effet, comme cette contribution a cherché à le montrer, de nombreux outils et procédures lient aujourd'hui la Suisse, en particulier la CEDH et la CERD. Leur sous-utilisation pourrait également être liée aux trois observations suivantes.

Premièrement, le cadre législatif suisse au niveau fédéral offre une protection relativement faible. Comme indiqué ci-dessus, le CERD a recommandé à la Suisse, dans ses dernières Observations finales à son égard, d'adopter une « définition claire et complète de la discrimination raciale, directe comme indirecte, couvrant tous les domaines de la vie privée et publique, conformément au paragraphe 1 de l'article premier de la Convention » ainsi qu'une « disposition à caractère général dans le droit civil et administratif interdisant la discrimination raciale directe et indirecte dans tous les domaines de la vie privée et publique, et d'offrir des recours utiles aux victimes de cette discrimination »⁵². Deuxièmement, l'existence et le fonctionnement des instruments et mécanismes internationaux souffrent vraisemblablement d'un manque de diffusion et de « publicité » au sein de la société civile, en particulier s'agissant de leurs conditions de saisine.

Troisièmement, il n'est pas exclu que ce recours isolé aux possibilités offertes par le droit conventionnel ait un lien, plus largement, avec la frilosité de la Suisse à ratifier les traités internationaux dans le domaine de la protection des droits humains. En 2014, le Comité avait fait une observation similaire et avait ainsi encouragé la Suisse à « envisager de ratifier les instruments de protection des droits humains auxquels [elle] n'est pas encore partie »⁵³. La Suisse pourrait alors donner un signal fort de son engagement dans la lutte contre les discriminations raciales qui persistent dans le pays, en ratifiant les conventions majeures du Conseil de l'Europe auxquelles elle n'est pas encore partie (en premier lieu, le protocole additionnel n° 12 à la CEDH et la Charte sociale européenne) et en acceptant la procédure de communications individuelles en lien avec les conventions des Nations Unies auxquelles elle est déjà partie (en premier lieu, les deux Pactes de 1966).

19. Leur désignation formelle est variable : experte indépendante, rapporteur spécial ou encore groupe de travail.

20. Voir la liste complète des procédures spéciales sur le site du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme : <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/Currentmandate-holders.aspx> (site web consulté le 15 mars 2021).

21. Voir Kofi Annan, Message à la troisième session du Conseil des droits de l'homme, 29 novembre 2006, disponible à l'adresse suivante : <https://www.un.org/press/en/2006/sgsm10769.doc.htm> (site web consulté le 15 mars 2021).

22. Voir la procédure pour les communications sur le site du Haut-Commissariat aux droits de l'homme de l'ONU : <https://www.ohchr.org/fr/HRBodies/SP/Pages/Communications.aspx> (site web consulté le 15 mars 2021).

23. Voir la liste complète de ces institutions sur le site de la Bibliothèque Dag Hammarskjöld : <https://ask.un.org/fr/faq/234839> (site web consulté le 15 mars 2021).

24. Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, 18 juin 1998.

25. *Ibid.* : « La Conférence internationale du travail (...) [d]éclare que l'ensemble des Membres, même lorsqu'ils n'ont pas ratifié les conventions en question, ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les principes concernant les droits fondamentaux qui sont l'objet desdites conventions. »

26. Le Comité des droits de l'homme procédera de la même manière. Voir Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, Procédures d'examen des requêtes soumises par des particuliers en vertu des instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, Genève 2013, p. 14.

27. *Ibid.*, p. 16.

28. *Ibid.*, p. 14.

29. Les affaires communiquées à la Suisse par la Cour sont les suivantes (dans l'ordre chronologique, hors invocation de l'art. 14 CEDH dans le cadre du droit au regroupement familial) : Ligue des musulmans de Suisse et Autres c. Suisse, requête n° 66274/09 ; Ouardiri c. Suisse, requête n° 65840/09 ; Wa Baile c. Suisse, requête n° 43868/18 ; Lacatus c. Suisse, requête n° 14065/15 ; Diallo c. Suisse, requête n° 16847/07.

30. Décision Ouardiri c. Suisse, juin 2011 ; CourEDH, Décision Ligue des musulmans de Suisse et Autres c. Suisse, 28 juin 2011 ; CourEDH, Décision Diallo c. Suisse, 19 mars 2013.

31. CourEDH, Lacatus c. Suisse, requête n° 14065/15, 19 janvier 2021.

32. *Ibid.*, § 50 et § 121.

33. *Ibid.*, §§ 8-9.

34. *Ibid.*, §§ 32 ss.

35. *Ibid.*, § 123.

36. Voir également CourEDH (GC), Centre de Ressources Juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie, requête n° 47848/08, 17 juillet 2014, § 156.

37. Voir, dans le même sens, KATI NIEMINEN, *Eroding the protection against discrimination : The procedural and de-contextualized approach to S.A.S. v France, International Journal of Discrimination and the Law* 2019, p. 69 ss.

38. Voir sur la base de données de la jurisprudence du Haut-Commissariat aux droits de l'homme de l'ONU, jurisprudence spécifique à la CERD : <https://juris.ohchr.org> (site web consulté le 15 mars 2021).

39. CERD, Opinion A. M. M. contre Suisse, communication n° 50/2012, CERD/C/84/D/50/2012, 18 février 2014.

40. *Ibid.*, § 8.6.

41. *Ibid.*, § 8.6.

42. *Ibid.*, §§ 10-11.

43. CERD, Opinion *Benon Pjetri contre Suisse*, communication n° 53/2013, CERD/C/91/D/53/2013, 5 décembre 2016.

44. *Ibid.*, § 7.6 et ss.

45. CERD, Observations finales concernant les septième à neuvième rapports périodiques de la Suisse soumis en un seul document, CERD/C/CHE/CO/7-9, 13 mars 2014.

46. Voir liste des rapports déposés pour le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, session 102 (reportée en raison de la pandémie de COVID-19) : https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=CHE&Lang=EN (site web consulté le 15 mars 2021).

47. Communication CHE 2/2010, 9 décembre 2010 ; Communication AL G/SO 214 (106-19) G/SO 214 (78-15) CHE 2/2013, 22 août 2013 ; Communication AL CHE 2/2019, 27 mai 2019. Voir également la base de données des communications individuelles adressées à la Rapporteuse spéciale sur les formes contemporaines de racisme : <https://spcommreports.ohchr.org/TmSearch/Mandates?m=75> (site web consulté le 15 mars 2021).

48. Communication AL CHE 2/2019, 27 mai 2019.

49. Communication AL CHE 2/2019, 27 mai 2019.

50. Communication AL CHE 2/2019, 24 juillet 2019.

51. DENISE EFIONAYI-MÄDER/DIDIER RUEDIN, *Etat des lieux du racisme anti-Noire en Suisse : Etude exploratoire à l'attention du Service de lutte contre le racisme (SLR)*, Université de Neuchâtel, octobre 2017, p. 32.

52. CERD, Observations finales concernant les septième à neuvième rapports périodiques de la Suisse soumis en un seul document, 13 mars 2014, § 6.

53. *Ibid.*, § 19.

Jardin de culture

La discrimination en 22 lectures

Il est de la responsabilité de chacun de prendre le temps de s'instruire. Le Comité de rédaction vous propose ainsi une sélection de livres pour s'informer sur le racisme et pour cultiver l'antiracisme.

Chimamanda Ngozi Adichie
Americanah
2013

Une histoire puissante et tendre sur la race et l'identité.

Maya Angelou
I know why the caged bird sings
1969

Je sais pourquoi chante l'oiseau en cage est une œuvre majeure de la littérature américaine du 20^e siècle, un précieux témoignage qui explore les thèmes de l'identité, du racisme, de la résilience et de l'apprentissage du langage et de la littérature.

James Baldwin
Chronique d'un pays natal (Notes of a Native Son)
1955

Ce recueil groupe de courts essais parus dans la presse et réunis en 1955. Baldwin y décrit avec franchise et simplicité la condition des Noirs aux États-Unis.

James Baldwin
Un étranger dans le village
1955

Dans ce récit intime, James Baldwin livre une analyse du racisme ordinaire et universel. Ce récit de son séjour à Leukerbad en Valais a donné aussi lieu à un documentaire du même nom sur la RTS accessible librement.

James Baldwin, Raoul Peck
I am Not your Negro
2018

« Ce que les Blancs doivent faire, c'est essayer de trouver au fond d'eux-mêmes pourquoi, tout d'abord, il leur a été nécessaire d'avoir un 'nègre', parce que je ne suis pas un nègre. Je ne suis pas un nègre, je suis un homme. Mais si vous pensez que je suis un nègre, ça veut dire qu'il vous en faut un. »

Aimé Césaire
Discours sur le colonialisme
1950

En 1950, Aimé Césaire publie le *Discours sur le colonialisme*, charge virulente et analyse implacable de l'idéologie colonialiste. Le poète et homme politique martiniquais y fait le procès d'une Europe « indéfendable », pour avoir colonisé le monde au nom de la civilisation.

Ta-Nehisi Coates
Une colère noire, Lettre à mon fils (Between the World And Me)
2015

« Voilà ce qu'il faut que tu saches : en Amérique, la destruction du corps noir est une tradition – un héritage. Je ne voudrais pas que tu te couches dans un rêve. Je voudrais que tu sois un citoyen de ce monde beau et terrible à la fois, un citoyen conscient. J'ai décidé de ne rien te cacher. »

Ta-Nehisi Coates
We were eight years in power
2017

Dans ce recueil d'une pertinence urgente, l'auteur de *Between the World and Me*, récompensé par le National Book Award, réfléchit à la race, à la présidence de Barack Obama et à ses lendemains qui déchangent.

Angela Y. Davis
Women, race and class
1981

Redonnant vie à des figures politiques majeures comme Sojourner Truth et son célèbre « Ne suis-je pas une femme ? » qui interroge la place des femmes noires dans la société, *Women, race and class* est un essai dense et fondateur. Soulignant la question des contradictions à dépasser entre les oppressions spécifiques, il trouve aujourd'hui une actualité centrale avec les débats contemporains sur le féminisme dit « intersectionnel ».

Rokhaya Diallo, Virginie Sassooun
Moi, raciste? Jamais! Scènes de racisme ordinaire
2015

Des femmes et des hommes, de tous âges et tous horizons, racontent ces mots qui font mal, ces humiliations quotidiennes, ces gestes ou plaisanteries qui deviennent insupportables. La mise en lumière de ces témoignages bruts et anonymes dessine une radiographie du racisme ordinaire en France.

Reni Eddo-Lodge
Le Racisme est un problème de Blancs (Why am I no longer talking to White People about Race)
2017

Le racisme n'est pas une question de valeur morale, mais d'exercice du pouvoir. Entretenir la légende d'une égalité universelle n'aide en rien. Au contraire. Car, pour déconstruire le racisme, il faut commencer par reconnaître l'étendue du privilège blanc.

Franz Fanon
Les damnés de la terre
1961

Analyse du traumatisme du colonisé dans le cadre du système colonial.

Alain Gresh
L'islam, la république et le monde
2004

C'est le fantôme de la « menace » islamique, à la fois interne et externe, qu'Alain Gresh démonte ici.

Ilan Halevi,
Judéophobie et islamophobie : l'effet miroir
2015

Illustration parmi tant d'autres de la parenté entre islamophobie et judéophobie, la question juive hier, celle de l'islam aujourd'hui, sont des lieux privilégiés du « délire idéologique ». On ne saurait donc appréhender la réalité de l'islamophobie actuelle sans passer par le détour de l'anti-sémitisme, dont elle est largement un avatar tardif et une mutation coloniale.

Audre Lorde
The Master's Tools Will Never Dismantle the Master's House
2018 (1984)

Célèbre discours prononcé par Audre Lorde en 1979 à l'occasion d'une conférence féministe tenue à New York, et publié en 1984. Il figure dans un recueil éponyme paru en 2018 et composé d'essais fulgurants et urgents sur le pouvoir des femmes, la poésie et la colère, qui sont remplis d'obscurité et de lumière. L'autrice se décrit elle-même comme « noire, lesbienne, mère, guerrière, poète ».

Amin Maalouf
Les identités meurtrières
1998

Amin Maalouf s'interroge sur la notion d'identité, sur les passions qu'elle suscite, sur ses dérives meurtrières. Pourquoi est-il si difficile d'assumer en toute liberté ses diverses appartenances? Pourquoi faut-il, en cette fin de siècle, que l'affirmation de soi s'accompagne si souvent de la négation d'autrui?

Léonora Miano
Marianne et le garçon noir
2017

« Marianne et le garçon noir est sans doute l'un des premiers ouvrages sur la masculinité noire dans la France hexagonale contemporaine pensés par les concernés. L'écrivaine Léonora Miano a fait appel à des artistes, activistes, chercheurs perçus ou s'identifiant comme noirs. L'approche collective met en avant une diversité des points de vue en y mêlant l'intime et le politique et donne une vue d'ensemble d'une catégorie sociale dont on entend peu parler : les hommes noirs. » Marie-Julie Chalu pour *africultures*

Toni Morrison
L'œil le plus Bleu (The Bluest Eye)
1970

Premier roman coup de poing de Toni Morrison, *L'œil le plus bleu* décrit l'aliénation d'une enfant noire dans une société où les canons de la beauté sont la blondeur de la chevelure et le bleu des yeux.

Richard Rothstein
The Color of Law: A Forgotten History of How Our Government Segregated America
2017

The Color of Law démontre que c'est la ségrégation de *jure* - des lois aux décisions politiques - qui a favorisé les schémas discriminatoires qui perdurent aujourd'hui.



CONCOURS MICHEL NANÇOZ DU 3 SEPTEMBRE 2021

Photographies: Rebecca Stockhammer



CONCOURS DEMOSTHÈNE DU 28 OCTOBRE 2021

Photographies: Rebecca Stockhammer



SÉANCES D'ADMISSION À L'ORDRE (JUN, OCTOBRE ET DÉCEMBRE 2021)

Photographies: Jeremy Spierer et Sophie Faigaux



ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DU JEUNE BARREAU DU 22 AVRIL 2021

Photographies: Jeremy Spierer



IMPRESSUM

- Prochain parution : hiver 2023. Le prochain STR vous appartient, n'hésitez pas à nous contacter !
- Comité de rédaction : Abdul Carrupt, Camilla Natali, Jacopo Ograbek, Roxane Sheybani, Céline Squaratti et Rebecca Stockhammer
- Tirage : 2'180 exemplaires
- Adresse : Jeune Barreau, rue de l'Hôtel-de-Ville 11, 1211 Genève 3 (www.jeunebarreau.ch)
- Conception graphique : Céline Visconti
- Photographies : Lewis Gashaza, Sophie Faigaux, Jeremy Spierer, Rebecca Stockhammer



Profitez d'un séjour unique avec vos proches au Chalet RoyAlp Hotel & Spa à Villars !
#YourSummerTime

