

ECRI

European Commission against Racism and Intolerance
Commission européenne contre le racisme et l'intolérance

PC.DEL/608/03

19 June 2003

FRENCH

Original : ENGLISH

FRENCH

CRI (2003) 8

Commission européenne contre le racisme et l'intolérance

RECOMMANDATION DE POLITIQUE
GENERALE N°7 DE L'ECRI SUR LA
LEGISLATION NATIONALE POUR
LUTTER CONTRE LE RACISME ET LA
DISCRIMINATION RACIALE

Adoptée le 13 décembre 2002

Strasbourg, 17 février 2003



COUNCIL OF EUROPE
CONSEIL DE L'EUROPE

Secrétariat de l'ECRI
Direction Générale des Droits de l'Homme – DG II
Conseil de l'Europe
F - 67075 STRASBOURG Cedex
Tel.: +33 (0) 3 88 41 29 64
Fax: +33 (0) 3 88 41 39 87
E-mail: combat.racism@coe.int

Visitez notre site web : www.coe.int/ecri

La Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI):

Rappelant la Déclaration adoptée par les chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres du Conseil de l'Europe lors de leur premier Sommet tenu à Vienne les 8-9 octobre 1993 ;

Rappelant que le Plan d'action sur la lutte contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance défini dans le cadre de cette Déclaration a invité le Comité des Ministres à mettre en place la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, qui a pour mandat, entre autres, de formuler des recommandations de politique générale à l'intention des Etats membres ;

Rappelant également la Déclaration finale et le Plan d'action adoptés par les chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres du Conseil de l'Europe lors de leur deuxième Sommet tenu à Strasbourg les 10-11 octobre 1997 ;

Rappelant que l'article premier de la Déclaration universelle des droits de l'homme proclame que tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ;

Vu la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ;

Vu la Convention N° 111 de l'Organisation Internationale du Travail concernant la discrimination (emploi et profession) ;

Vu l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ;

Vu le Protocole N° 12 à la Convention européenne des Droits de l'Homme, qui contient une clause générale d'interdiction de la discrimination ;

Vu la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme ;

Tenant compte de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

Tenant compte de la Directive 2000/43/CE du Conseil de l'Union européenne relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et de la Directive 2000/78/CE du Conseil de l'Union européenne portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

Vu la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ;

Rappelant la recommandation de politique générale N° 1 de l'ECRI sur la lutte contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance, et la recommandation de politique générale N° 2 de l'ECRI sur les organes spécialisés dans la lutte contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance au niveau national ;

Soulignant que, dans ses rapports pays-par-pays, l'ECRI recommande régulièrement aux Etats membres d'adopter des mesures législatives efficaces visant à lutter contre le racisme et la discrimination raciale ;

Rappelant que, dans la Déclaration politique adoptée le 13 octobre 2000 lors de la session de clôture de la Conférence européenne contre le racisme, les gouvernements des Etats membres du Conseil de l'Europe se sont engagés à adopter et à mettre en œuvre, là où cela s'avère nécessaire, une législation nationale et des mesures administratives qui s'opposent expressément et spécifiquement au racisme et interdisent la discrimination raciale dans tous les domaines de la vie publique ;

Rappelant également la Déclaration et le Programme d'Action adoptés par la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, tenue à Durban, Afrique du Sud, du 31 août au 8 septembre 2001 ;

Consciente que le droit seul ne suffira pas à éliminer le racisme et la discrimination raciale, mais convaincue que la lutte contre le racisme et la discrimination raciale ne saurait se passer du droit ;

Soulignant l'importance primordiale de mesures juridiques appropriées pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale de manière efficace, dissuasive et, autant que possible, satisfaisante du point de vue de la victime ;

Convaincue que l'action du législateur contre le racisme et la discrimination raciale a également une fonction éducative vis-à-vis de la société, transmettant un message fort selon lequel aucune tentative de légitimation du racisme et de la discrimination raciale ne sera tolérée dans un Etat de droit ;

Souhaitant, en complément d'autres efforts entrepris aux niveaux international et européen, aider les Etats membres dans leur lutte contre le racisme et la discrimination raciale, en présentant de façon succincte et précise ce que doivent être les composantes-clés d'une législation nationale appropriée ;

Recommande aux gouvernements des Etats membres :

- a. d'adopter une législation contre le racisme et la discrimination raciale, dans l'éventualité où une telle législation n'existerait pas encore ou serait incomplète ;
- b. de s'assurer que les composantes-clés présentées ci-dessous sont intégrées à une telle législation.

Composantes-clés de la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale

I. Définitions

1. Aux fins de la présente Recommandation, on entend par :
 - a) «racisme» la croyance qu'un motif tel que la race ¹, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique justifie le mépris envers une personne ou un groupe de personnes ou l'idée de supériorité d'une personne ou d'un groupe de personnes.
 - b) «discrimination raciale directe» toute différence de traitement fondée sur un motif tel que la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique, qui manque de justification objective et raisonnable. Une différence de traitement manque de justification objective et raisonnable si elle ne poursuit pas un but légitime ou si fait défaut un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.
 - c) «discrimination raciale indirecte» le cas où un facteur apparemment neutre tel qu'une disposition, un critère ou une pratique ne peut être respecté aussi facilement par des personnes appartenant à un groupe distingué par un motif tel que la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique, ou désavantage ces personnes, sauf si ce facteur a une justification objective et raisonnable. Il en est ainsi s'il poursuit un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

II. Droit constitutionnel

2. La constitution doit consacrer le principe de l'égalité de traitement, l'engagement de l'Etat à promouvoir l'égalité et le droit des individus d'être à l'abri de toute discrimination fondée sur des motifs tels que la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique. La constitution peut disposer que des exceptions au principe de l'égalité de traitement sont prévues dans la loi, à condition que cela ne constitue pas une discrimination.

¹ Tous les êtres humains appartenant à la même espèce, l'ECRI rejette les théories fondées sur l'existence de «races» différentes. Cependant, afin d'éviter de laisser sans protection juridique les personnes qui sont généralement et erronément perçues comme appartenant à une «autre race», l'ECRI utilise ce terme dans la présente Recommandation.

3. La constitution doit prévoir que l'exercice des libertés d'expression, de réunion et d'association peut être limité afin de lutter contre le racisme. De telles limitations doivent être conformes à la Convention européenne des Droits de l'Homme.

III. Droit civil et administratif

4. La loi doit définir clairement et interdire la discrimination raciale directe et indirecte.
5. La loi doit prévoir que l'interdiction de la discrimination raciale n'empêche pas de maintenir ou d'adopter des mesures spéciales temporaires destinées à prévenir ou à compenser les désavantages subis par des personnes distinguées par les motifs énumérés dans le paragraphe 1 b) (ci-après : motifs énumérés) ou à faciliter leur pleine participation dans tous les domaines de la vie. Ces mesures ne doivent pas être maintenues une fois atteints les objectifs visés.
6. La loi doit prévoir que sont notamment considérés comme des formes de discrimination : la ségrégation ; la discrimination par association ; l'intention annoncée de discriminer ; le fait de donner instruction à autrui de discriminer ; le fait d'inciter autrui à discriminer ; le fait d'aider autrui à discriminer.
7. La loi doit prévoir que l'interdiction de la discrimination s'applique à toutes les autorités publiques ainsi qu'à toutes les personnes physiques ou morales, qu'elles opèrent dans le secteur public ou dans le secteur privé, dans tous les domaines, notamment : l'emploi ; l'affiliation à des organisations professionnelles ; l'éducation ; la formation ; le logement ; la santé ; la protection sociale ; les biens et services à la disposition du public et les lieux ouverts au public ; l'exercice d'une activité économique ; les services publics.
8. La loi doit prévoir l'obligation pour les autorités publiques de promouvoir l'égalité et de prévenir la discrimination dans l'exercice de leurs fonctions.
9. La loi doit imposer aux autorités publiques de veiller à ce que les parties auxquelles elles attribuent des marchés, des prêts, des subventions ou d'autres avantages respectent et promeuvent une politique de non-discrimination. En particulier, la loi doit disposer que l'autorité publique pose comme condition d'attribution des marchés, des prêts, des subventions ou d'autres avantages le respect et la promotion d'une telle politique par l'autre partie et que la violation de cette condition peut entraîner la résiliation du contrat, de la subvention ou d'autres avantages.
10. La loi doit garantir l'existence de procédures judiciaires et/ou administratives, y compris de procédures de conciliation, qui soient facilement accessibles à toutes les victimes de discrimination. En cas d'urgence, des procédures en référé, débouchant sur des décisions provisoires, doivent être mises à la disposition des victimes de discrimination.

11. La loi doit prévoir que, si une personne s'estimant victime d'un acte discriminatoire a établi devant le tribunal ou toute autre autorité compétente des faits qui permettent de présumer qu'il y a eu discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu discrimination.
12. La loi doit prévoir des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives pour les cas de discrimination. Ces sanctions doivent inclure le versement aux victimes d'indemnités pour les dommages matériels et moraux.
13. La loi doit fournir les outils juridiques nécessaires pour soumettre les lois, les règlements et les dispositions administratives adoptées aux niveaux national et local à un contrôle permanent de conformité avec l'interdiction de la discrimination. Les lois, les règlements et les dispositions administratives qui ne sont pas en conformité avec l'interdiction de la discrimination doivent être modifiées ou abrogées.
14. La loi doit prévoir que les dispositions discriminatoires figurant dans les contrats ou accords individuels ou collectifs, les règlements intérieurs des entreprises, les règles relatives aux associations à but lucratif ou non lucratif et les règles applicables aux professions indépendantes et aux organisations de travailleurs et d'employeurs doivent être modifiées ou déclarées nulles et non avenues.
15. La loi doit prévoir que le harcèlement lié à un des motifs énumérés est interdit.
16. La loi doit prévoir l'obligation de supprimer le financement public des organisations qui promeuvent le racisme. Dans les cas où un système de financement public des partis politiques existe, cette obligation comprend la suppression du financement public des partis politiques qui promeuvent le racisme.
17. La loi doit prévoir la possibilité de dissoudre des organisations qui promeuvent le racisme.

IV. Droit pénal

18. La loi doit ériger en infractions pénales les comportements suivants, s'ils sont intentionnels :
 - a) l'incitation publique à la violence, à la haine ou à la discrimination,
 - b) les injures ou la diffamation publiques ou
 - c) les menacesà l'égard d'une personne ou d'un ensemble de personnes, en raison de leur race, leur couleur, leur langue, leur religion, leur nationalité ou leur origine nationale ou ethnique ;

- d) l'expression publique, dans un but raciste, d'une idéologie qui prône la supériorité d'un ensemble de personnes en raison de leur race, leur couleur, leur langue, leur religion, leur nationalité ou leur origine nationale ou ethnique, ou qui calomnie ou dénigre un tel ensemble de personnes ;
 - e) la négation, la minimisation grossière, la justification ou l'apologie publiques, dans un but raciste, de crimes de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre ;
 - f) la diffusion ou la distribution publiques, la production ou le stockage aux fins de diffusion ou de distribution publiques, dans un but raciste, d'écrits, d'images ou d'autres supports contenant des manifestations visées au paragraphe 18 a), b), c), d) et e) ;
 - g) la création ou la direction d'un groupement qui promeut le racisme, le soutien à ce groupement ou la participation à ses activités, aux fins de contribuer aux infractions visées au paragraphe 18 a), b), c), d), e) et f) ;
 - h) la discrimination raciale dans l'exercice d'une fonction publique ou d'une profession.
19. La loi doit ériger le génocide en infraction pénale.
20. La loi doit disposer que l'incitation, la complicité ou la tentative intentionnelles sont punissables dans le cas des infractions prévues aux paragraphes 18 et 19.
21. La loi doit prévoir que, pour toute infraction non visée aux paragraphes 18 et 19, la motivation raciste constitue une circonstance aggravante.
22. La loi doit prévoir que les personnes morales sont pénalement responsables des infractions visées aux paragraphes 18, 19, 20 et 21.
23. La loi doit prévoir des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives pour les infractions visées aux paragraphes 18, 19, 20 et 21. Elle doit également prévoir des peines accessoires ou alternatives.

V. Dispositions communes

24. La loi doit instituer un organe spécialisé indépendant pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale au niveau national (ci-après : organe national spécialisé). La loi doit prévoir parmi les compétences conférées à un tel organe national spécialisé : l'assistance aux victimes ; le pouvoir de mener des enquêtes ; le droit d'agir en justice et d'intervenir dans les procédures judiciaires ; le suivi de la législation et les conseils aux pouvoirs législatif et exécutif ; la sensibilisation de la société aux problèmes du racisme et de la discrimination raciale et la promotion de politiques et pratiques visant à assurer l'égalité de traitement.

25. La loi doit disposer que les organisations telles que les associations, les syndicats et autres entités juridiques qui, selon leur législation nationale, ont un intérêt légitime à lutter contre le racisme et la discrimination raciale peuvent intenter des actions civiles, intervenir sur le plan administratif ou déposer des plaintes pénales, même si elles n'invoquent pas le sort d'une victime déterminée. Si elles le font, le consentement de la victime sera requis.
26. La loi doit garantir une assistance judiciaire gratuite et, le cas échéant, un avocat d'office aux victimes qui entendent agir devant les tribunaux comme demandeurs ou comme plaignants et qui manquent de moyens suffisants. Au besoin, elles seront pourvues gratuitement d'un interprète.
27. La loi doit protéger contre toute mesure de rétorsion les personnes qui se plaignent d'infractions racistes ou de discrimination raciale, qui les dénoncent, ou qui fournissent des éléments de preuve.
28. La loi doit prévoir qu'un ou plusieurs organes indépendants sont compétents pour mener des investigations en cas d'allégations relatives à des actes de discrimination commis par des membres de la police, de la douane, de l'armée et des institutions pénitentiaires.

Exposé des Motifs relatif à la Recommandation de politique générale N° 7 de l'ECRI sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale

Introduction

1. La présente recommandation de politique générale (ci-après : la Recommandation) porte sur les composantes-clés d'une législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale. Bien que l'ECRI soit consciente que les seuls moyens juridiques ne suffisent pas à mener à bien un tel combat, elle pense qu'une législation nationale contre le racisme et la discrimination raciale est nécessaire pour lutter efficacement contre ces phénomènes.
2. Dans le cadre de son approche pays-par-pays, l'ECRI recommande régulièrement aux Etats membres du Conseil de l'Europe d'adopter des mesures juridiques efficaces pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale. La Recommandation vise à donner une vue d'ensemble de ces mesures ainsi qu'à préciser et compléter les recommandations formulées à cet égard dans les rapports pays-par-pays de l'ECRI. La Recommandation vise également à refléter les principes généraux contenus dans les instruments internationaux visés dans le préambule.
3. L'ECRI pense qu'une législation appropriée pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale doit comprendre des dispositions dans toutes les branches du droit, à savoir le droit constitutionnel, le droit civil et administratif et le droit pénal. Seule une telle approche intégrée permettra aux Etats membres d'aborder ces problèmes autant que possible d'une manière exhaustive, efficace et satisfaisante du point de vue de la victime. Dans le domaine de la lutte contre le racisme et la discrimination raciale, le droit civil et administratif offre souvent des moyens juridiques souples, qui peuvent faciliter le recours en justice des victimes. Le droit pénal présente un aspect symbolique permettant une prise de conscience par la société de la gravité du racisme et de la discrimination raciale et il peut produire un effet dissuasif important, pourvu qu'il soit appliqué efficacement. L'ECRI a tenu compte de cette complémentarité des possibilités offertes par les différentes branches du droit. Concernant plus particulièrement la lutte contre la discrimination raciale, l'ECRI recommande aux Etats membres du Conseil de l'Europe d'adopter des dispositions de droit constitutionnel, civil et administratif et, dans certains cas, d'adopter également des dispositions de droit pénal.

4. Les mesures juridiques nécessaires pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale au niveau national sont présentées sous forme de composantes-clés qui devraient figurer dans la législation nationale des Etats membres. L'ECRI souligne que les mesures recommandées sont compatibles avec les différents systèmes juridiques, qu'ils relèvent du *common law*, du droit civil ou d'une combinaison des deux. En outre, les composantes que l'ECRI juge essentielles pour former un cadre juridique efficace contre le racisme et la discrimination raciale sont adaptables aux conditions particulières de chaque Etat, pouvant indifféremment faire l'objet d'une seule loi spéciale ou être réparties dans les différents secteurs de la législation nationale (droit civil, droit administratif et droit pénal). Ces composantes-clés peuvent en outre être insérées dans une législation plus large englobant la lutte contre le racisme et la discrimination raciale. Par exemple, en adoptant des mesures juridiques contre la discrimination, les Etats membres peuvent interdire, à côté des discriminations raciales, d'autres formes de discrimination, telles que la discrimination fondée sur le sexe, l'orientation sexuelle, le handicap, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. Enfin, dans de nombreux domaines, les Etats membres pourront appliquer simplement leurs règles générales, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de traiter ces questions dans la Recommandation. Il en est ainsi, par exemple, en droit civil, de la responsabilité plurale, de la responsabilité du fait d'autrui et de la fixation des dommages ; en droit pénal, des conditions de la responsabilité et de l'organisation des peines ; en procédure, de l'organisation et de la compétence des tribunaux.
5. Dans tous les cas, ces composantes-clés ne forment qu'un standard minimum, ce qui signifie qu'elles sont compatibles avec toute disposition juridique plus protectrice adoptée ou qui sera adoptée par un Etat membre et qu'elles ne peuvent en aucun cas justifier une régression par rapport au niveau de protection contre le racisme et la discrimination raciale déjà garanti par un Etat membre.

I. Définitions

Paragraphe 1 de la Recommandation

6. Dans la Recommandation, le terme «racisme» doit être entendu dans un sens large, comprenant des phénomènes tels que la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance. Concernant les motifs énumérés dans les définitions du racisme et de la discrimination raciale directe et indirecte (paragraphe 1 de la Recommandation), la Recommandation vise - outre les motifs généralement prévus par les instruments juridiques pertinents dans la lutte contre le racisme et la discrimination raciale tels que la race, la couleur et l'origine nationale ou ethnique - d'autres motifs comme la langue, la religion et la nationalité². L'inclusion de ces motifs dans les définitions du racisme et de la discrimination raciale est liée au mandat de l'ECRI, qui est de combattre le racisme,

² L'ECRI entend le terme «nationalité» dans le sens de la définition de l'article 2 a) de la Convention européenne sur la nationalité: «"nationalité" désigne le lien juridique entre une personne et un Etat et n'indique pas l'origine ethnique de la personne».

l'antisémitisme, la xénophobie et l'intolérance. L'ECRI considère que ces concepts, qui sont évolutifs, englobent aujourd'hui des manifestations qui visent des personnes ou des groupes de personnes en raison notamment de leur race, de leur couleur, de leur langue, de leur religion, de leur nationalité ou de leur origine nationale ou ethnique. Par conséquent, les expressions «racisme» et «discrimination raciale» employées dans la Recommandation englobent tous les phénomènes couverts par le mandat de l'ECRI. L'origine nationale est parfois interprétée comme englobant la notion de nationalité. Cependant, pour s'assurer que celle-ci est effectivement couverte, elle figure expressément dans la liste des motifs à côté de l'origine nationale. L'utilisation de l'expression «motif tel que» dans les définitions du racisme et de la discrimination raciale directe et indirecte vise à laisser ouverte la liste de motifs et permet ainsi de l'adapter à l'évolution de la société. Cependant, cette liste peut être exhaustive en droit pénal pour respecter le principe de prévisibilité s'appliquant à cette branche du droit.

7. Contrairement à la définition de la discrimination raciale (paragraphe 1 b) et c) de la Recommandation) qui doit être insérée dans la loi, celle du racisme n'est donnée qu'aux fins de la Recommandation, les Etats membres pouvant définir ou non le racisme dans la loi. Dans le cas où ils décideraient de le faire, ils peuvent adopter en droit pénal une définition plus précise que celle prévue au paragraphe 1 a) pour répondre aux principes fondamentaux applicables à cette branche du droit. Pour qu'il y ait racisme il n'est pas nécessaire qu'un ou plusieurs des motifs énumérés constituent le seul facteur ou le facteur déterminant du mépris ou de l'idée de supériorité. Il suffit que ces motifs constituent l'un des facteurs conduisant au mépris ou à l'idée de supériorité.
8. Les définitions de discriminations raciales directe et indirecte contenues dans le paragraphe 1 b) et c) de la Recommandation s'inspirent de celles contenues dans la Directive 2000/43/CE du Conseil de l'Union européenne relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, et dans la Directive 2000/78/CE du Conseil de l'Union européenne portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, ainsi que de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Conformément à cette jurisprudence, une différence de traitement constitue une discrimination si elle manque de justification objective et raisonnable. Ce principe s'applique aux différences de traitement fondées sur n'importe quel motif parmi ceux énumérés dans la définition de la discrimination raciale. Cependant, une différence de traitement fondée sur la race, la couleur ou l'origine ethnique ne peut avoir de justification objective et raisonnable que dans un nombre extrêmement limité de cas. Par exemple, dans le domaine de l'emploi, lorsque la couleur constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, une différence de traitement fondée sur ce motif pourrait avoir une justification objective et raisonnable. De façon plus générale, la notion de justification objective et raisonnable doit être interprétée de manière aussi stricte que possible dans tous les cas de différence de traitement fondée sur l'un des motifs énumérés.

II. Droit constitutionnel

9. Dans la Recommandation, le terme «constitution» doit être entendu dans un sens large, comprenant notamment les lois fondamentales et les règles de base écrites et non écrites. Aux paragraphes 2 et 3, la Recommandation prévoit certains principes qui doivent figurer dans la constitution ; ces principes doivent être mis en œuvre par les lois et les règlements du pays.

Paragraphe 2 de la Recommandation

10. Au paragraphe 2, la Recommandation réserve la possibilité de prévoir dans la loi des exceptions au principe de l'égalité de traitement, à condition qu'elles ne constituent pas une discrimination. Conformément à la définition de la discrimination proposée dans le paragraphe 1 b) et c) de la Recommandation, ces exceptions doivent, pour que cette condition soit remplie, avoir une justification objective et raisonnable. Ce principe vaut pour toutes les exceptions, y compris celles établissant une différence de traitement sur le motif de la nationalité.

Paragraphe 3 de la Recommandation

11. Selon le paragraphe 3 de la Recommandation, la constitution doit prévoir que l'exercice des libertés d'expression, de réunion et d'association peut être limité afin de lutter contre le racisme. Dans ses articles 10 (2) et 11 (2), la Convention européenne des droits de l'homme énumère les buts dans lesquels ces libertés peuvent être limitées. Bien que la lutte contre le racisme ne soit pas mentionnée comme un de ces buts, la Cour européenne des droits de l'homme, dans sa jurisprudence, a considéré qu'elle en fait partie. Conformément aux articles précités de la Convention, les limitations en question doivent être prévues par la loi et constituer des mesures nécessaires dans une société démocratique.

III. Droit civil et administratif

Paragraphe 4 de la Recommandation

12. La Recommandation prévoit dans le paragraphe 4 que la loi doit définir clairement et interdire la discrimination raciale directe et indirecte. Elle propose des définitions de la discrimination raciale directe et indirecte dans le paragraphe 1 b) et c). L'expression «différence de traitement» doit être entendue dans un sens large, comprenant toute distinction, exclusion, restriction, préférence ou omission, qu'elle soit passée, actuelle ou potentielle. Le terme «motif» doit comprendre tant le motif réel que le motif supposé. Par exemple, si une personne subit un traitement défavorable fondé sur la supposition qu'elle est musulmane, alors qu'en réalité elle ne l'est pas, ce traitement constituera néanmoins une discrimination fondée sur la religion.

13. Les actions discriminatoires sont rarement fondées uniquement sur un ou plusieurs des motifs énumérés, mais plutôt sur une combinaison de ceux-ci avec d'autres facteurs. Pour qu'il y ait discrimination, il suffit donc que l'un des motifs énumérés constitue l'un des facteurs conduisant à la différence de traitement. Il faut dès lors éviter l'utilisation d'expressions restrictives telles que «différence de traitement *uniquement* ou *exclusivement* fondées sur des motifs tels que ...».

Paragraphe 5 de la Recommandation

14. La Recommandation prévoit au paragraphe 5 la possibilité de mesures spéciales temporaires destinées à prévenir ou à compenser les désavantages subis par des personnes distinguées par les motifs énumérés ou à faciliter leur pleine participation dans tous les domaines de la vie. Exemple de mesures spéciales temporaires destinées à prévenir ou à compenser les désavantages liés à un des motifs énumérés : un industriel qui n'a aucun employé noir parmi ses cadres mais qui a beaucoup d'employés noirs au sein de la chaîne de montage pourrait organiser une formation pour les employés noirs qui souhaitent obtenir une promotion. Exemple de mesures spéciales temporaires destinées à faciliter la pleine participation dans tous les domaines de la vie des personnes distinguées par les motifs énumérés : les services de police pourraient organiser une campagne de recrutement conçue de façon à encourager plus particulièrement les candidatures de membres de certains groupes ethniques qui sont peu représentés au sein de ces services.

Paragraphe 6 de la Recommandation

15. La Recommandation mentionne spécifiquement au paragraphe 6 certains actes qui doivent être considérés par la loi comme des formes de discrimination. En théorie, l'application des principes généraux du droit et la définition de la discrimination permettent de couvrir ces actes. Cependant, la pratique montre qu'ils tendent souvent à être négligés ou exclus du champ d'application de la législation. Dans un souci d'efficacité, il peut donc être utile de prévoir expressément dans la loi que ces actes sont considérés comme des formes de discrimination.
16. Parmi les actes que la Recommandation mentionne spécifiquement comme des formes de discrimination, les suivants méritent une brève explication :
 - La ségrégation est l'acte pour une personne (physique ou morale) de séparer d'autres personnes pour un des motifs énumérés sans qu'il existe une justification objective et raisonnable, conformément à la définition proposée de la discrimination. Par conséquent, le fait pour une personne de se séparer volontairement d'autres personnes pour un des motifs énumérés ne constitue pas une ségrégation.
 - Il y a discrimination par association lorsqu'une personne est discriminée en raison de son association ou de ses contacts avec une ou plusieurs personnes distinguées par un des motifs énumérés. Ce serait le cas, par exemple, du refus d'employer une personne parce que son conjoint appartient à un certain groupe ethnique.

- L'intention annoncée de discriminer doit être considérée comme une discrimination, même en l'absence d'une victime spécifique. Par exemple, une annonce pour un emploi indiquant que les Roms/Tsiganes doivent s'abstenir de postuler doit entrer dans le champ d'application de la législation, même si aucun Rom/Tsiganes ne s'est effectivement présenté.

Paragraphe 7 de la Recommandation

17. Selon le paragraphe 7 de la Recommandation, l'interdiction de la discrimination doit s'appliquer dans tous les domaines. Concernant l'emploi, cette interdiction doit couvrir tant l'accès à l'emploi, au travail et aux activités non salariées que les conditions de travail et de rémunération, les promotions et le licenciement.
18. Concernant l'affiliation à des organisations professionnelles, l'interdiction de la discrimination doit englober l'affiliation à une organisation de travailleurs ou d'employeurs ou à toute organisation dont les membres exercent une profession donnée ; l'engagement dans ce type d'organisations ; et les avantages procurés par ce type d'organisations.
19. Concernant l'éducation, l'interdiction de la discrimination doit englober l'enseignement pré-scolaire, primaire, secondaire et supérieur, qu'il soit public ou privé. En outre, l'accès à l'enseignement ne saurait dépendre du statut des enfants ou de celui de leurs parents au regard de la législation sur l'immigration.
20. Concernant la formation, l'interdiction de la discrimination doit englober la formation professionnelle initiale et continue, tous les types et tous les niveaux d'orientation professionnelle, de perfectionnement et de formation de reconversion, y compris l'acquisition d'une expérience pratique.
21. Concernant le logement, la discrimination doit être interdite notamment dans l'accès au logement, les conditions de logement et la fin du bail.
22. Concernant la santé, la discrimination doit être interdite notamment dans l'accès des malades aux soins et aux traitements ainsi que dans la façon dont les soins sont dispensés et dont les malades sont traités.
23. Concernant la protection sociale, l'interdiction de la discrimination doit englober la sécurité sociale, les prestations sociales, l'aide sociale (aide au logement, aide à la jeunesse, etc.) et la façon dont les bénéficiaires de la protection sociale sont traités.

24. Concernant les biens et services à la disposition du public et les lieux ouverts au public, la discrimination doit être interdite, par exemple, dans l'achat d'un produit dans un magasin, dans l'obtention d'un crédit bancaire et dans l'accès à une discothèque, à un café ou à un restaurant. L'interdiction de la discrimination doit viser non seulement celui qui met des biens et services à la disposition d'autrui, mais également celui qui les reçoit d'autrui, comme dans le cas d'une entreprise qui sélectionnerait ses fournisseurs de biens ou services en fonction d'un des motifs énumérés.
25. Concernant l'exercice d'une activité économique, ce domaine porte sur le droit de la concurrence et les relations entre entreprises ainsi qu'entre entreprises et Etat.
26. Le domaine des services publics comprend notamment les activités de la police et d'autres forces de l'ordre, de la douane, de l'armée et des institutions pénitentiaires.

Paragraphe 8 de la Recommandation

27. Aux termes du paragraphe 8 de la Recommandation, la loi doit prévoir l'obligation pour les autorités publiques de promouvoir l'égalité et de prévenir la discrimination dans l'exercice de leurs fonctions. Les devoirs qui leur incombent doivent être énoncés aussi clairement que possible dans la loi. Dans ce but, les autorités publiques pourraient être tenues d'élaborer et d'appliquer des «programmes d'égalité», définis avec l'assistance de l'organe national spécialisé visé au paragraphe 24 de la Recommandation. La loi doit prévoir une évaluation régulière de ces programmes d'égalité, un suivi de leurs effets, d'efficaces mécanismes de mise en œuvre, ainsi que la possibilité d'imposer le respect de ces programmes, notamment en recourant à l'organe national spécialisé. Un programme d'égalité pourrait, par exemple, comprendre la désignation d'une personne de contact pour les questions de discrimination et de harcèlement raciaux ou l'organisation de formations sur la discrimination pour le personnel. Concernant l'obligation de promouvoir l'égalité et de prévenir la discrimination, la Recommandation ne vise que les autorités publiques ; toutefois, il serait souhaitable que le secteur privé soit soumis à une obligation analogue.

Paragraphe 10 de la Recommandation

28. Selon le paragraphe 10 de la Recommandation, en cas d'urgence, des procédures en référé débouchant sur des décisions provisoires doivent être mises à la disposition des victimes de discrimination. Ces procédures sont importantes dans les situations où les conséquences immédiates de l'acte discriminatoire supposé sont particulièrement graves ou même irréparables. Par exemple, les victimes de l'expulsion d'un appartement fondée sur des motifs discriminatoires devraient être en mesure d'obtenir la suspension de cette décision grâce à une ordonnance en référé, en attendant le jugement définitif de l'affaire.

Paragraphe 11 de la Recommandation

29. Etant donné les difficultés que rencontrent les personnes s'estimant victimes de discrimination pour rassembler les éléments de preuve nécessaires, la loi devrait faciliter la preuve de la discrimination. Pour cette raison, selon le paragraphe 11 de la Recommandation, la loi doit prévoir un partage de la charge de la preuve en pareil cas. Le partage de la charge de la preuve signifie que la partie demanderesse doit établir des faits permettant de présumer une discrimination, ce qui transfère la charge de la preuve sur la partie défenderesse, qui doit alors établir l'absence de discrimination. Ainsi, en cas d'allégation de discrimination raciale directe, c'est à la partie défenderesse de prouver que la différence de traitement a une justification raisonnable et objective. Par exemple, si l'accès à une piscine est refusé à des enfants roms/tsiganes, il suffira que le demandeur prouve que l'accès a été refusé à ces enfants alors qu'il a été permis à d'autres enfants non roms/tsiganes. Ce sera alors à la partie adverse de prouver que ce refus avait une justification raisonnable et objective, comme le fait que ces enfants n'avaient pas les bonnets de bain exigés pour accéder à la piscine. Le même principe s'applique aux cas d'allégation de discrimination raciale indirecte.
30. Concernant l'obtention des informations et des éléments de preuve, le juge doit avoir tous les pouvoirs appropriés à cette fin. Ces pouvoirs doivent être conférés également à tout organe national spécialisé compétent pour se prononcer sur une plainte en discrimination (voir le paragraphe 55 du présent Exposé des motifs).

Paragraphe 12 de la Recommandation

31. Selon le paragraphe 12 de la Recommandation, la loi doit prévoir des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives pour les cas de discrimination. Outre l'indemnisation des dommages matériels et moraux, la liste de sanctions doit comprendre des mesures telles que la restitution des droits qui ont été perdus. Par exemple, la loi doit permettre au juge d'ordonner la réintégration dans l'entreprise ou dans l'appartement, pourvu que les droits des tiers soient sauvegardés. En cas de refus discriminatoire de recruter une personne, la loi doit prévoir que, selon les circonstances, le juge pourra ordonner à l'employeur d'offrir un poste à la personne discriminée.
32. Dans le cas de discrimination par une école privée, la loi doit prévoir la possibilité de révoquer l'habilitation à enseigner et celle de ne pas reconnaître les diplômes délivrés. Dans le cas de discrimination par un établissement ouvert au public, la loi doit prévoir la possibilité de révoquer une licence ou celle d'exiger la fermeture de l'établissement. Par exemple, dans le cas de discrimination par une discothèque, la licence de vente d'alcool doit pouvoir être révoquée.
33. Des formes de réparation non pécuniaires, comme la publication de tout ou partie du jugement, peuvent se révéler importantes pour rétablir la justice en cas de discrimination.

34. La loi doit prévoir la possibilité d'imposer un programme de mesures positives à la partie fautive. Ce type de sanction constitue un moyen important de promouvoir un changement à long terme dans une organisation. Par exemple, la partie fautive pourrait être tenue d'organiser pour son personnel des programmes spécifiques de formation visant à lutter contre le racisme et la discrimination raciale. L'organe national spécialisé doit participer au développement et à la supervision de tels programmes.

Paragraphe 15 de la Recommandation

35. Selon le paragraphe 15 de la Recommandation, la loi doit prévoir que le harcèlement lié à un des motifs énumérés est interdit. Le harcèlement se définit comme tout comportement lié à un des motifs énumérés, pratiqué aux fins ou avec l'effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Autant que possible, la protection contre le harcèlement lié à un des motifs énumérés ne doit pas seulement viser le comportement de l'auteur du harcèlement, mais également celui d'autres personnes. Par exemple, le cas échéant, l'employeur doit pouvoir être tenu responsable du harcèlement commis par des collègues, d'autres salariés ou des tiers (comme les clients et les fournisseurs).

Paragraphe 16 de la Recommandation

36. Selon le paragraphe 16 de la Recommandation, la loi doit prévoir l'obligation de supprimer le financement public des partis politiques qui promeuvent le racisme. Par exemple, le financement public prévu pour les campagnes électorales doit être refusé à de tels partis politiques.

Paragraphe 17 de la Recommandation

37. Selon le paragraphe 17 de la Recommandation, la loi doit prévoir la possibilité de dissoudre des organisations qui promeuvent le racisme. Dans tous les cas, la dissolution de telles organisations ne peut résulter que d'une décision prise par une autorité judiciaire. La question de la dissolution de ces organisations est aussi traitée dans la partie IV – Droit pénal (voir les paragraphes 43 et 49 du présent Exposé des motifs).

IV. Droit pénal

Paragraphe 18 de la Recommandation

38. La Recommandation limite la portée de certaines infractions pénales énumérées au paragraphe 18 à la condition que ces dernières soient commises en «public». La pratique actuelle montre que, dans certains cas, des comportements racistes échappent aux poursuites parce qu'ils ne sont pas considérés comme présentant un caractère public. Par conséquent, les Etats membres doivent veiller à ce qu'il ne soit pas trop difficile de remplir la condition de publicité. Ainsi, par exemple, cette condition devrait être remplie dans le cas de propos tenus lors de

- réunions d'organisations néo-nazies ou échangés dans un forum de discussion sur l'Internet.
39. Certaines des infractions visées par le paragraphe 18 de la Recommandation concernent des comportements commis à l'encontre d'un «ensemble de personnes». La pratique actuelle montre que les dispositions juridiques visant à sanctionner des comportements racistes ne couvrent souvent ces comportements que lorsqu'ils sont dirigés contre une personne ou un groupe de personnes spécifiquement désignées. Il s'ensuit que les expressions dirigées contre un ensemble plus vaste de personnes, comme dans le cas de propos portant sur les demandeurs d'asile ou les étrangers en général, ne sont souvent pas couvertes par ces dispositions. C'est pourquoi le paragraphe 18 a), b), c) et d) de la Recommandation vise non pas un «groupe» mais un «ensemble» de personnes.
 40. Le terme «diffamation» employé dans le paragraphe 18 b) de la Recommandation doit s'entendre au sens large, comprenant notamment la calomnie.
 41. Au paragraphe 18 e), la Recommandation se réfère aux crimes de génocide, aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre. Le crime de génocide doit s'entendre tel que défini à l'article II de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et à l'article 6 du Statut de la Cour pénale internationale (voir le paragraphe 45 du présent Exposé des motifs). Les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre doivent s'entendre tels que définis aux articles 7 et 8 du Statut de la Cour pénale internationale.
 42. Au paragraphe 18 f), la Recommandation se réfère à la diffusion, la distribution, la production ou le stockage d'écrits, d'images ou d'autres supports contenant des manifestations racistes. Ces notions comprennent la diffusion de ces supports par l'Internet. De tels supports comprennent les supports musicaux tels que les disques, les cassettes audio et les CD, les accessoires informatiques (par exemple, les disquettes, les logiciels), les cassettes vidéo, les DVD et les jeux.
 43. Au paragraphe 18 g), la Recommandation prévoit la pénalisation de certains actes relatifs aux groupements qui promeuvent le racisme. La notion de groupement comprend notamment celles de groupement de fait, d'organisation, d'association et de parti politique. La Recommandation prévoit que la création d'un groupement qui promeut le racisme doit être interdite. Au sens de la Recommandation, la création d'un groupement qui promeut le racisme comprend également le maintien ou la reconstitution d'un groupement qui a été interdit. La question de la dissolution d'un groupement qui promeut le racisme est également envisagée dans la partie III - Droit civil et administratif (voir le paragraphe 37 du présent Exposé des motifs) et ci-dessous (voir le paragraphe 49 du présent Exposé des motifs). En outre, par «soutien» on entend notamment le fait de fournir de l'argent au groupement, de subvenir à ses autres besoins matériels, de produire ou d'obtenir des documents.

44. Au paragraphe 18 h), la Recommandation prévoit que la loi doit ériger en infraction pénale la discrimination raciale dans l'exercice d'une fonction publique ou d'une profession. Sur ce point, les définitions contenues dans les paragraphes 1 b) et c) et 5 de la Recommandation s'appliquent *mutatis mutandis*. La discrimination raciale dans l'exercice d'une fonction publique ou d'une profession comprend notamment le refus discriminatoire d'une prestation destinée au public, tel que le refus discriminatoire par un hôpital de soigner une personne, le refus discriminatoire de vendre un produit, d'accorder un crédit bancaire ou de permettre l'accès à une discothèque, à un café ou à un restaurant.

Paragraphe 19 de la Recommandation

45. Le paragraphe 19 de la Recommandation dispose que la loi doit ériger le génocide en infraction pénale. A cette fin, le crime de génocide doit s'entendre tel que défini à l'article II de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et à l'article 6 du Statut de la Cour pénale internationale, c'est-à-dire comme «l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel : meurtre de membres du groupe ; atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe ; soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ; mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ; transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe». La Recommandation vise spécifiquement la pénalisation du crime du génocide et non pas celle des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité parce que ces derniers ne présentent pas forcément un caractère raciste. Cependant, si c'est le cas, la circonstance aggravante prévue au paragraphe 21 de la Recommandation doit s'appliquer.

Paragraphe 20 de la Recommandation

46. Le paragraphe 20 de la Recommandation prévoit que l'incitation, la complicité ou la tentative sont punissables dans le cas des infractions prévues aux paragraphes 18 et 19. cette recommandation ne s'applique qu'aux infractions pour lesquelles l'incitation, la complicité ou la tentative sont possibles.

Paragraphe 21 de la Recommandation

47. Selon le paragraphe 21 de la Recommandation, la motivation raciste de l'auteur d'une infraction autre que celles visées dans les paragraphes 18 et 19 doit constituer une circonstance aggravante. En outre, la loi peut sanctionner les infractions communes mais fondées sur une motivation raciste comme des infractions pénales spécifiques.

Paragraphe 22 de la Recommandation

48. Selon le paragraphe 22 de la Recommandation, la loi doit prévoir la responsabilité pénale des personnes morales. Cette responsabilité doit être engagée lorsque l'infraction a été commise pour le compte de la personne morale par toute personne agissant notamment comme son organe (par exemple, président ou directeur) ou comme son représentant. La responsabilité pénale de la personne morale n'exclut

pas celle des personnes physiques. Les autorités publiques peuvent être exclues de la responsabilité pénale des personnes morales.

Paragraphe 23 de la Recommandation

49. Selon le paragraphe 23 de la Recommandation, la loi doit prévoir des peines accessoires ou alternatives. Parmi ces peines on peut citer le travail d'intérêt général, la participation à des cours de formation, la déchéance de certains droits civils ou politiques (par exemple, le droit d'exercer certaines professions ou fonctions ; le droit de vote et celui d'être élu) ou la publication de tout ou partie du jugement. Concernant les personnes morales, la liste des sanctions possibles peut inclure, outre les amendes, le refus ou la suppression de prestations ou d'aides publiques, l'interdiction d'exercer une activité commerciale, le placement sous surveillance judiciaire, la fermeture d'établissement ayant servi à commettre l'infraction, la confiscation du matériel ayant servi à commettre l'infraction et la dissolution de la personne morale (sur ce dernier point, voir les paragraphes 37 et 43 du présent Exposé des motifs).

V. Dispositions communes

Paragraphe 24 de la Recommandation

50. Selon le paragraphe 24 de la Recommandation, la loi doit instituer un organe spécialisé indépendant pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale au niveau national. Les principes fondamentaux concernant le statut d'un tel organe, les formes qu'il pourrait prendre, ses fonctions et responsabilités, son administration, son fonctionnement et ses modes d'opération sont indiqués dans la recommandation de politique générale N° 2 de l'ECRI relative aux organes spécialisés dans la lutte contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance au niveau national.
51. Les fonctions attribuées à un tel organe doivent être prévues par la loi. La Recommandation énumère un certain nombre de ces fonctions. L'assistance aux victimes comprend les conseils généraux aux victimes et l'assistance judiciaire, y compris la représentation en cas de procédures devant les tribunaux. Elle comprend également l'assistance dans la tentative d'obtenir un règlement des plaintes à l'amiable.
52. Concernant le pouvoir de mener des enquêtes, pour que l'organe national spécialisé puisse mener des enquêtes efficaces, il est essentiel que la loi lui confère les pouvoirs nécessaires, sous réserve des règles de procédure du système juridique national. Il s'agit notamment, dans le cadre d'une enquête : d'exiger la production, pour vérification et examen, de documents et autres éléments ; de faire saisir des documents et autres éléments aux fins d'en prendre copie ou d'en faire des extraits ; et d'interroger des personnes. L'organe national spécialisé doit également être compétent pour agir en justice et pour intervenir devant les tribunaux en qualité d'expert.

53. Les fonctions de l'organe national spécialisé doivent également comprendre le suivi de la législation contre le racisme et la discrimination raciale et le contrôle de la conformité de la législation avec les principes d'égalité. A cet égard, l'organe national spécialisé doit avoir compétence pour formuler des recommandations aux autorités exécutives et législatives sur la manière d'améliorer les législations, les réglementations et les pratiques.
54. Concernant la sensibilisation de la société aux problèmes de racisme et de discrimination raciale et la promotion des politiques et pratiques visant à assurer l'égalité de traitement, l'organe national spécialisé peut mener des campagnes en coopération avec la société civile ; prévoir des formations adressées aux groupes-clés ; établir des codes de conduite ; soutenir et encourager des organisations travaillant dans le domaine de la lutte contre le racisme et la discrimination raciale.
55. En plus de ces fonctions, l'organe national spécialisé peut se voir attribuer d'autres responsabilités. En outre, un autre organe peut être chargé de statuer sur les plaintes par des décisions contraignantes, dans les limites fixées par la loi.

Paragraphe 25 de la Recommandation

56. Selon le paragraphe 25 de la Recommandation, les organisations telles que les associations, les syndicats et autres entités juridiques ayant un intérêt légitime doivent avoir le droit d'agir en justice. Cette disposition est importante, par exemple quand une victime craint des représailles. De plus, concernant les cas de discrimination raciale, la possibilité pour ces organisations d'intenter une action sans faire référence à une victime déterminée est fondamentale pour régler les cas de discrimination où il est difficile d'identifier une telle victime ou ceux qui frappent un nombre indéterminé de victimes.

Paragraphe 27 de la Recommandation

57. Selon le paragraphe 27 de la Recommandation, la loi doit prévoir une protection contre toute mesure de rétorsion. Cette protection ne doit pas être limitée à la personne qui agit en justice ou qui porte plainte, mais doit être étendue à quiconque fournit des éléments de preuve, des renseignements ou toute autre forme d'aide en rapport avec l'action en justice ou la plainte. Une telle protection est essentielle pour encourager les victimes d'infractions racistes ou de discrimination à soumettre leurs griefs aux autorités et les témoins à apporter des éléments de preuve. Pour être efficaces, les dispositions juridiques qui protègent contre les rétorsions doivent prévoir une sanction appropriée et claire. Il peut s'agir notamment de la possibilité de s'adresser aux tribunaux pour faire cesser les mesures de représailles et/ou pour obtenir une indemnité.

