



**Conseil économique
et social**

Distr.
GÉNÉRALE

E/CN.4/Sub.2/2005/7
14 juillet 2005

FRANÇAIS

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME
Sous-Commission de la promotion et de la protection
des droits de l'homme
Cinquante-septième session
Point 3 de l'ordre du jour provisoire

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE, ÉTAT DE DROIT ET DÉMOCRATIE

Discrimination dans le système de justice pénale

Rapport intérimaire établi par Leïla Zerrougui, Rapporteuse spéciale * **

* Conformément au paragraphe 8 de la résolution 53/208 B de l'Assemblée générale, ce document est soumis après les délais, afin d'y inclure une information aussi actualisée que possible.

** Les notes sont reproduites telles qu'elles ont été reçues, dans la langue originale uniquement.

Résumé

Le présent rapport intérimaire est soumis en application de la résolution 2002/3 de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme. Il est consacré à l'analyse des discriminations *de jure* et celles qui sont incorporées dans les structures du système pénal dans son ensemble. L'attraction du droit pénal substantiel et du droit processuel à la garantie des droits fondamentaux consacrés par les sources supranationales a été utilisée comme repère pour déceler les discriminations directes et indirectes qui affectent gravement la jouissance des droits fondamentaux des plus vulnérables.

Étant donné les règles limitant la longueur des documents et le réajustement opéré pour se conformer aux termes de la résolution 2004/24 de la Sous-Commission, la Rapporteuse spéciale relève d'emblée que certaines questions qui devaient être étudiées à ce stade de l'étude n'ont pas été traitées ou ne l'ont pas encore été de manière exhaustive aux fins de l'étude demandée par la Sous-Commission. Il en va ainsi, en particulier, des traitements discriminatoires dans l'administration pénitentiaire et de la discrimination abordée sous l'angle de la sexospécificité. Ces questions seront étudiées dans le rapport final.

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction	1 – 9	4
I. OBSERVATIONS PRELIMINAIRES	10 – 13	5
II. L'ACCES AU DROIT ET A LA JUSTICE ENTRE EGALITE FORMELLE, INEGALITES STRUCTURELLES, DISTINCTIONS ET DISCRIMINATIONS	14 – 28	6
III. LES DISCRIMINATIONS <i>DE JURE</i> ET LES DISCRIMINATIONS INSTITUTIONNELLES DANS LE PROCESSUS PÉNAL	29 – 56	10
A. L'impact des caractéristiques du système de droit	31 – 41	10
B. La place de la victime dans le processus pénal	42– 50	12
C. La dimension structurelle des pratiques discriminatoires de la police et des autres intervenants dans le processus pénal	51 – 58	14
IV. CONCLUSION	59 – 60	16

Introduction

1. En 2000, à la cinquante-deuxième session de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, et dans le cadre des préparatifs de la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, l'attention des membres de la Sous-Commission a été appelée sur l'ampleur du phénomène de la discrimination dans l'administration de la justice. Pour répondre à cette préoccupation, le Groupe de travail de session sur l'administration de la justice a confié à Mme Leïla Zerrougui le soin d'établir un document de travail traitant d'un aspect de la discrimination dans l'administration de la justice, la discrimination dans le système de justice pénale.
2. À la cinquante-troisième session de la Sous-Commission, M^{me} Zerrougui a présenté au Groupe de travail de session un document de travail (E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.1) où elle confirme l'ampleur du phénomène de la discrimination dans l'administration de la justice. Le document rappelle la signification de la clause de non-discrimination, l'égalité devant la loi et l'égale protection de la loi dans les normes internationales les plus pertinentes, identifie les victimes potentielles de la discrimination, donne un aperçu sur ses différentes manifestations et propose un cadre conceptuel pour une étude qui pourrait être envisagée sur la discrimination dans le système de justice pénale.
3. Par sa décision 2001/104 du 10 août 2001, la Sous-Commission, prenant note avec satisfaction du document de travail établi par M^{me} Zerrougui, lui a demandé de continuer son travail de recherche, en prenant en considération les commentaires formulés par les membres de la Sous-Commission, et de lui soumettre son document de travail final à sa cinquante-quatrième session.
4. À la cinquante-quatrième session, M^{me} Zerrougui a présenté un document de travail final (E/CN.4/Sub.2/2002/5) qui s'articule autour de quatre grands axes: 1) une rétrospective de l'apport de la Sous-commission dans le domaine considéré, 2) les incidences du contexte international, 3) l'approfondissement de quelques éléments du cadre conceptuel proposé pour l'étude et 4) les conclusions et recommandations. Le document de travail final ayant été présenté dans un contexte international marqué par la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée (Durban) et les attaques du 11 septembre 2001 contre le World Trade Center, les conséquences de ces deux événements sur la problématique de la discrimination dans le système de justice pénale ont été soulignées.
5. Par sa résolution 2002/3 du 12 août 2002, intitulée «Discrimination dans le système de justice pénale», la Sous-Commission a accueilli avec satisfaction les deux documents de travail précités et a recommandé à la Commission des droits de l'homme de l'autoriser à nommer M^{me} Leïla Zerrougui rapporteuse spéciale chargée d'entreprendre une étude détaillée sur la discrimination dans le système de justice pénale en vue de déterminer les moyens les plus efficaces pour assurer l'égalité de traitement dans le système de justice pénale à toutes les personnes sans discrimination, et notamment aux personnes vulnérables, et a demandé à celle-ci de lui soumettre un rapport préliminaire à sa cinquante-cinquième session, un rapport intérimaire à sa cinquante-sixième session et un rapport final à sa cinquante-septième session.

6. À sa cinquante-neuvième session, la Commission des droits de l'homme a approuvé, par sa décision 2003/108 du 23 avril 2003, la nomination de M^{me} Zerrougui en tant que rapporteuse spéciale et a demandé au Secrétaire général de lui fournir toute l'assistance nécessaire pour lui permettre de mener à bien son mandat, y compris de lui accorder l'assistance d'un consultant ayant des connaissances spécialisées en la matière.

7. À la cinquante-cinquième session de la Sous-Commission et faute de temps entre la confirmation de sa nomination par la Commission et la date limite fixée pour la présentation des documents de la Sous-Commission, la Rapporteuse spéciale n'a pas été en mesure d'établir le rapport préliminaire; elle a néanmoins présenté un document de travail (E/CN.4/Sub.2/2003/3) où elle précise l'orientation de l'étude et son cadre conceptuel et propose à la Sous-commission un plan de travail préliminaire.

8. Le plan de travail proposé s'articule autour des points suivants: a) les personnes vulnérables entre égalité formelle devant la loi et devant les tribunaux et inégalités structurelles, distinctions et discriminations; b) les discriminations *de jure* et les discriminations institutionnelles dans le processus pénal et dans l'administration pénitentiaire; c) la discrimination dans le système de justice pénale abordée sous l'angle de la sexospécificité; d) les bonnes pratiques adoptées aux niveaux international, régional et national pour réduire les inégalités et éliminer les discriminations dans le système de justice pénale; e) les conclusions et recommandations, y compris les principes directeurs, pour garantir aux personnes vulnérables le droit à la non-discrimination et le respect des droits fondamentaux dans le système de justice pénale.

9. En 2004, M^{me} Zerrougui a quitté la Sous-Commission. Elle a donc décidé de ne pas soumettre de rapport à la cinquante-sixième session pour permettre, le cas échéant, à la Sous-Commission de confier l'étude à l'un de ses membres. Par sa résolution 2004/24 du 12 août 2004, intitulée «Discrimination dans le système de justice pénale», la Sous-Commission a qualifié le document de travail E/CN.4/Sub.2/2003/3 de rapport préliminaire et a prié la Rapporteuse spéciale de lui présenter son rapport intérimaire à sa cinquante-septième session. Prenant acte de cette résolution, la Rapporteuse spéciale va réajuster sa démarche pour finaliser l'étude en deux rapports. Le présent rapport est soumis en application de cette résolution et de la résolution 2002/3 du 12 août 2002. Il doit être lu en regard des documents de travail E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.1, E/CN.4/Sub.2/2002/5 et E/CN.4/Sub.2/2003/3.

I. OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

10. Dans les travaux préparatoires, la Rapporteuse spéciale a souligné que si la discrimination persiste sous de multiples formes dans le système de justice pénale, c'est parce qu'elle n'est pas seulement comportementale ou de fait, mais aussi institutionnelle et structurelle. Il a été convenu que l'étude se penchera sur le cadre institutionnel et sur les règles substantielles et de procédure encadrant au niveau national l'action des organes d'investigation, de poursuite, de jugement et d'application des peines pour identifier les discriminations *de jure* et les discriminations indirectes qui se produisent à chaque étape du processus pénal, depuis l'enquête policière jusqu'au jugement et pendant son exécution.

11. L'étude n'a pas la prétention d'étudier les systèmes nationaux de justice pénale dans leur diversité et de démontrer comment chaque système génère ou accentue toutes les formes de discrimination. L'objectif recherché est de cerner les mécanismes discriminatoires qui affectent

gravement la jouissance des droits fondamentaux des groupes les plus vulnérables. Cette démarche est rendue possible grâce à l'attraction du droit pénal substantiel et du droit processuel à la garantie des droits fondamentaux consacrés par des sources supranationales – attraction qui impose aussi le respect d'un certain nombre de règles dans l'organisation et le fonctionnement de la justice.

12. Ainsi, et quelle que soit la famille juridique du droit appliqué dans le système national de justice pénale (romano-germanique, *common law*, droit musulman, droit socialiste ou tout autre droit substantiel influencé par la tradition¹) et quel que soit le système processuel (accusatoire, inquisitorial ou mixte), l'attraction des sources du droit international impose aux États de garantir à toute personne relevant de leur juridiction au moins le noyau dur des droits fondamentaux². Il s'agit, notamment, des droits suivants: le droit à un procès équitable par un tribunal compétent, indépendant et impartial établi préalablement par la loi, ainsi que le droit à l'aide juridictionnelle; la présomption d'innocence; le principe de la légalité des délits et des peines et la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère; le principe *non bis in idem*; l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants, l'inadmissibilité des aveux obtenus sous la torture ou par le recours à des traitements cruels, inhumains ou dégradants; le droit à la liberté et à la sécurité, l'interdiction de l'emprisonnement pour dette civile et les garanties judiciaires nécessaires pour la protection de ces droits³.

13. C'est à travers les violations de ce noyau dur de droits fondamentaux, pour la plupart non dérogeables⁴, que l'on peut identifier les violations au droit à la non-discrimination, celle-ci étant définie comme «toute distinction, exclusion, restriction ou préférence 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»⁵.

II. L'ACCÈS AU DROIT ET À LA JUSTICE ENTRE ÉGALITÉ FORMELLE, INÉGALITÉS STRUCTURELLES, DISTINCTIONS ET DISCRIMINATIONS

14. Le droit à la non-discrimination est aujourd'hui bien ancré dans le droit international; il est même considéré, du moins dans certains de ses aspects, comme faisant partie intégrante du droit international coutumier⁶ et il est établi que certains éléments ou aspects du droit à la non-discrimination sont indérogeables, quelles que soient les circonstances⁷.

15. La prohibition de la discrimination a pour corollaire le principe général d'égalité⁸: égalité devant la loi et égalité devant les tribunaux ainsi qu'égal protection de la loi. Les traités les plus pertinents relatifs aux droits de l'homme instaurent une clause générale d'égalité et comportent une interdiction catégorique de la discrimination. L'interdiction de la discrimination impose aux États de respecter le principe général d'égalité et de garantir le plein exercice du droit à la non-discrimination à toute personne soumise à leur juridiction. Ces obligations sont d'ordre à la fois négatif et positif⁹. Les États doivent s'abstenir de violer eux-mêmes le droit à la non-discrimination et, si le besoin s'en fait ressentir, recourir à des mesures positives pour le défendre non seulement contre les violations qui peuvent être commises par leurs agents, mais aussi contre des actes commis par des parties privées¹⁰.

16. Pour mettre en cause la responsabilité des États pour violation du droit à la non-discrimination, les organes de surveillance de l'application des traités relatifs aux droits de l'homme, au niveau international et régional, ont établi des critères et utilisent des méthodes originales qui permettent, au-delà des discriminations flagrantes, d'identifier les inégalités

prohibées, les différenciations de traitement licites et les actions positives nécessaires pour assurer l'égalité effective entre tous dans les domaines où il leur est formellement reconnu l'égalité des droits¹¹. Ces critères vont au-delà de la notion d'égalité abstraite et de droits formels pour consacrer l'égalité concrète, celle qui prend en compte la situation des individus dans leur singularité essentielle¹².

17. La jouissance des droits et libertés dans des conditions d'égalité n'implique pas dans tous les cas un traitement identique¹³. Le principe d'égalité s'applique lorsque les parties en question sont placées dans des situations comparables¹⁴. Des différences de traitement sont admises lorsqu'elles se fondent sur des critères raisonnables et objectifs, visent un but légitime au regard du droit international des droits de l'homme et sont proportionnées à l'atteinte de ce but¹⁵. Ainsi, ne constituent pas des discriminations les actions positives et les traitements différenciés et préférentiels qui visent à contrebalancer les effets de l'exclusion raciste ou sexiste¹⁶. Le droit international relatif aux droits de l'homme impose aux États de prendre des mesures et mener des politiques publiques pour réduire les inégalités de fait et aider les groupes victimes de discriminations profondes à surmonter la situation défavorable dans laquelle ils se trouvent par rapport aux autres membres de la collectivité¹⁷.

18. Dans le système de justice pénale, toutes ces notions prennent une importance significative, parce qu'à ce niveau rien n'est plus trompeur que l'égalité. En effet, même si l'on assume que, formellement, l'accès aux tribunaux est garanti à tous et qu'au sens littéral du terme la loi est la même pour tous, qu'elle protège, qu'elle contraigne ou qu'elle punisse, dans la pratique, l'accès au droit et l'accès à la justice sont profondément inégalitaires. Les raisons peuvent être d'ordre social, économique ou culturel ou tenir au fait qu'il s'agit de personnes qui souffrent d'exclusion sociale ou de discrimination profonde¹⁸. Bien qu'il soit reconnu que les inégalités sociales et les disparités raciales entravent l'égal accès au droit et à la justice, l'adoption de mesures positives pour corriger leurs effets négatifs sur les groupes vulnérables n'est pas partout acceptée. Pour les tenants de la "blind colour, blind race policy", les inégalités économiques et sociales sont inévitables et les considérations de couleur et de race n'ont pas de place dans la justice pénale¹⁹.

19. Les données factuelles et les indicateurs de la manifestation de la discrimination dans le système de justice pénale d'un grand nombre de pays font ressortir trois grandes tendances dans la représentation des plus démunis, des non-ressortissants, des populations autochtones, des minorités d'origine raciale, ethniques, religieuses ou linguistiques, des femmes, des enfants, des personnes discriminées sur la base de leur ascendance, leur orientation sexuelle, leur identité de genre ou leur handicap et d'autres groupes sociaux qui, pour diverses raisons et parfois sur la base d'une combinaison de plusieurs motifs de discrimination, sont infériorisés, stigmatisés ou marginalisés dans une société donnée²⁰. Ces populations, souvent les plus pauvres parmi les pauvres²¹, sont sous-représentées dans les effectifs de l'administration de la justice, de la police et de tous les services chargés de l'application des lois²², surreprésentées parmi les victimes²³, et leur taux est anormalement élevé dans la délinquance, dans le système carcéral et dans les couloirs de la mort²⁴.

20. Cette situation est souvent qualifiée de spirale qui mène de la discrimination sociale à la marginalisation, laquelle entraîne des frustrations qui peuvent conduire à des comportements délinquants, sources à leur tour de stigmatisation collective²⁵. Cette stigmatisation perpétue les inégalités structurelles et génère des différenciations de traitement qui constituent des

discriminations directes ou indirectes. Les discriminations indirectes peuvent, sur un plan strictement formel, ne pas être considérées comme des différenciations interdites, mais, comme dans la pratique elles génèrent des effets équivalents à ceux des discriminations directes, elles sont interdites²⁶. Les discriminations directes ne présentent, en principe, pas de difficulté de définition ou de qualification; le contrôle des discriminations indirectes est, en revanche, beaucoup plus difficile à opérer, parce qu'elles résultent souvent de lois, politiques ou pratiques en apparence neutres. Le système de peines minimales et de détention obligatoire appliqué à certaines infractions est une parfaite illustration de lois en apparence neutres, mais dont le caractère discriminatoire s'est révélé dans la pratique. C'est donc à l'épreuve de la pratique qu'on peut déceler les discriminations indirectes, notamment lorsque l'égal accès au droit et à la justice est compromis²⁷.

21. Un égal accès au droit et à la justice impliquerait au moins une égale familiarisation avec ses rouages, ses concepts et ses raisonnements et l'absence de barrières financières. Or, souvent c'est la loi qui organise les inégalités, par l'argent, la culture, la complexité de la règle juridique, les inégalités procédurales, les inégalités de chances et les politiques pénales d'exclusion ou de stigmatisation²⁸. C'est dire toute la difficulté pour des personnes vulnérables, souvent analphabètes et démunies, de connaître leurs droits et de savoir emprunter les procédures appropriées pour les faire reconnaître par le juge²⁹. Comment peuvent-elles y arriver alors qu'elles n'ont pas les moyens de s'offrir une défense de qualité? Le premier président d'une cour de cassation est formel: «La technicité du pourvoi en cassation, à laquelle s'ajoute la complexité grandissante du droit, substantiel et procédural, rend illusoire une défense sans avocat, et même une défense sans avocat spécialisé; l'articulation des moyens de droit est un exercice si particulier que tous mémoires personnels confondus sont ainsi très majoritairement voués à l'échec»³⁰.

22. Pendant longtemps a prévalu une vision de l'accès au droit proche d'une mission humanitaire d'assistance judiciaire gratuite assurée par les barreaux pour les indigents. L'influence des sources internationales du droit à un procès équitable a permis dans de nombreux pays de rompre avec le système de l'assistance pour reconnaître un véritable droit à l'aide juridictionnelle, alors que dans d'autres pays on continue de recourir à l'assistance judiciaire pour assurer un semblant de défense aux plus démunis³¹.

23. Les droits de la défense ont pourtant valeur d'un principe général du droit. Certains considèrent qu'il s'agit d'un principe de droit naturel³² qui vaut en toute matière. En matière pénale, notamment, le droit d'être assisté par un conseil de son choix et, le cas échéant, d'un avocat commis d'office est une garantie fondamentale pour l'effectivité du droit à un procès équitable³³. Les législations nationales garantissent généralement ce droit, du moins pour les personnes accusées d'une infraction d'une certaine gravité. Dans la pratique, le respect des normes d'une défense de qualité n'est pas effectif, notamment pour les personnes qui dépendent de l'aide judiciaire.

24. Tous les études et travaux qui se sont penchés sur l'accès à l'aide juridictionnelle pour les plus démunis indiquent que les exigences de qualité applicables à la défense des personnes indigentes sont très faibles et l'investissement de la collectivité dans l'aide juridictionnelle est largement insuffisant dans pratiquement tous les pays³⁴. Le Groupe de travail sur la détention arbitraire a constaté au cours de visites qu'il a effectuées dans des pays très différents que l'aide judiciaire est rudimentaire dans les pays pauvres et qu'elle est largement sous-rémunérée dans

les pays riches. Elle est parfois confiée à des non-professionnels, les phases de l'enquête préliminaire et de l'instruction avant jugement se déroulent souvent sans l'assistance d'un avocat et, pour la phase de jugement, l'avocat commis d'office n'est généralement informé du cas qu'il est chargé de défendre que quelques heures ou quelques jours avant le procès. Dans certains pays, les personnes condamnées peuvent se voir imposer le remboursement des frais avancés dans le cadre de l'aide judiciaire, ce qui les décourage de demander l'assistance d'un avocat³⁵. Le Groupe de travail a également constaté que des prévenus, non informés de leurs droits, renoncent à l'assistance d'un avocat³⁶. Ainsi, l'accès à un avocat commis d'office n'est même pas assuré à des personnes privées de liberté³⁷. Il a aussi été rapporté que, dans l'octroi de l'aide juridictionnelle, des discriminations sont pratiquées à l'encontre de certaines minorités³⁸.

25. Pour les étrangers, les minorités linguistiques et les membres de groupes appartenant à des cultures différentes de celles qui dominent le système de justice pénale, aux inégalités par l'argent et la complexité de la règle juridique s'ajoutent les inégalités par la langue et la culture³⁹. Pour les membres de ces groupes, la langue utilisée par la justice constitue un réel obstacle au droit à un procès équitable⁴⁰. Le respect du principe d'égalité devant les tribunaux et le droit à un procès équitable exigent que la partie au procès qui ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée par la justice bénéficie de l'assistance gratuite d'un interprète et obtienne la traduction des principaux actes de la procédure.

26. Le droit de se faire assister d'un interprète est explicitement garanti aux personnes accusées d'une infraction pénale⁴¹. La garantie de la traduction des principaux actes de procédure a été consacrée par la jurisprudence⁴². Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale précise le contenu de ce droit de l'accusé dans son article 67 (al. f): «Se faire assister gratuitement d'un interprète compétent et bénéficier des traductions nécessaires pour satisfaire aux exigences de l'équité, si la langue employée dans toute procédure suivie devant la Cour ou dans tout document présenté à la Cour n'est pas une langue qu'il comprend et parle parfaitement». Le Comité des droits de l'homme considère que, même devant une juridiction civile ou administrative, l'ignorance de la langue utilisée par le tribunal devrait conduire la juridiction saisie à prévoir la présence d'un interprète et la traduction des principaux éléments écrits du procès⁴³.

27. Dans la pratique des États, les mesures d'accompagnement budgétaires sont insuffisantes, les interprètes choisis ne sont pas toujours compétents et rarement qualifiés pour comprendre toutes les nuances du langage juridique, la traduction des pièces se limite au jugement de condamnation, et il a été constaté que la traduction d'un jugement peut prendre quelques mois, retardant par là même l'exercice des voies de recours ou le bénéfice d'un régime de détention moins sévère⁴⁴. Les restrictions budgétaires affectent aussi le droit de communiquer avec son avocat, puisque, d'une façon générale, les avocats commis d'office ne comprennent pas la langue de la personne qu'ils sont chargés de défendre.

28. Ainsi, l'adéquation entre pauvreté, ignorance et stigmatisation se traduit pour les groupes vulnérables par une forte probabilité de placement en détention provisoire, la violation du droit à un procès équitable et parfois une condamnation disproportionnée ou carrément injuste⁴⁵. Y concourent l'incapacité de payer une caution ou de fournir les garanties de représentation, une mauvaise défense, un accès limité aux services d'un interprète compétent et à la traduction des pièces du dossier. Ces violations ne sont pas seulement les conséquences d'inégalités économiques et sociales, difficiles à faire disparaître. Dans le système de justice

pénale, les discriminations et leur impact disproportionné sur les groupes vulnérables sont aussi institutionnalisés⁴⁶.

III. LES DISCRIMINATIONS *DE JURE* ET LES DISCRIMINATIONS INSTITUTIONNELLES DANS LE PROCESSUS PÉNAL

29. Les discriminations *de jure* ne posent en principe pas de problème d'identification, puisqu'elles sont généralement explicites. Trois exemples de ce genre de discrimination: 1) dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et le contrôle de l'immigration, des dispositions discriminatoires, qui affectent des droits non dérogeables et les garanties judiciaires les plus fondamentales, sont adoptées sur la base de la nationalité ou du lieu d'origine des personnes ciblées⁴⁷; 2) dans des pays qui appliquent le droit musulman, les minorités nationales non musulmanes sont traitées dans le corpus du droit pénal de façon discriminatoire⁴⁸; 3) dans ces mêmes pays et dans d'autres, le sexe, le genre ou l'identité du genre sont des motifs de discrimination *de jure* inscrits de façon explicite dans des lois et des règles de procédure⁴⁹.

30. L'identification des discriminations institutionnelles, qui sont souvent des discriminations indirectes, est en revanche beaucoup plus difficile à opérer. Souvent, c'est leur impact disproportionné sur les groupes vulnérables qui permet de les identifier.

A. L'impact des caractéristiques du système de droit

31. La documentation réunie dans le cadre de cette étude démontre clairement que, quelle que soit la famille juridique ou le système processuel en vigueur dans un pays donné, le système de justice pénale reproduit les inégalités structurelles, les stéréotypes et les préjugés. Il est même prouvé que les avantages et les aspects positifs qui caractérisent un système juridique donné ne profitent pas toujours aux victimes potentielles de la discrimination et du racisme, alors que les inconvénients du même système les stigmatisent plus que les autres membres de la collectivité.

32. Ainsi, dans les systèmes qui appliquent le modèle inquisitoire ou un certain mélange d'inquisition et d'accusation, les inconvénients de la procédure inquisitoriale affectent particulièrement les groupes vulnérables. Le caractère secret et écrit de l'enquête préliminaire, le déséquilibre entre les parties aux procès, les procédés d'établissement des preuves et les larges pouvoirs confiés aux professionnels de la justice, sans contrôle effectif⁵⁰, conduisent à la violation des droits fondamentaux des plus vulnérables. Ces violations sont largement documentées dans les rapports de visite du Groupe de travail sur la détention arbitraire en Chine, au Bélarus, en Lettonie, en Argentine, au Mexique, en République islamique d'Iran et dans d'autres pays de tradition inquisitoriale⁵¹.

33. Dans les systèmes de droit qui donnent la prééminence aux autorités d'investigation et de poursuites sur le rôle des juges, la répression de certains groupes est facilitée par cette prééminence. Lorsque ce sont ces autorités qui décident du placement d'une personne en détention provisoire, de son maintien en détention pour les besoins de l'enquête et du régime de détention qui lui est appliqué, le recours à la détention et le régime de détention sont utilisés de façon discriminatoire, comme moyens de pression pour punir, obtenir des aveux ou faciliter la fabrication de preuves⁵².

34. Le système accusatoire hérité de la *common law* est souvent présenté comme la procédure la plus respectueuse des droits de la défense, offrant des garanties réelles, notamment

aux accusés, puisque, sur le plan formel, le système garantit le principe du contradictoire et de l'égalité totale des armes entre l'accusé et l'accusateur pour toutes les phases du processus pénal. L'ineffectivité de l'accès à une défense adéquate pour les plus démunis et la corrélation entre pauvreté, exclusion et discrimination ayant été démontrée, dans la pratique, ces garanties sont totalement inopérantes pour les victimes potentielles de la discrimination.

35. Dans leur ouvrage *Procédures pénales*, Guinchard et Buisson s'interrogent sur l'effectivité de la garantie des droits de la défense dans le système anglo-saxon en ces termes: «... les dérives du système américain, une justice à deux vitesses, le pauvre acceptant d'autant plus facilement la procédure dite du “*plea-bargaining*”⁵³ qu'il n'a pas les moyens de payer les honoraires d'un avocat disposé à l'accompagner dans tous les méandres d'un procès qui sera long; alors il préférera un procès rapide en acceptant de plaider coupable. Environ 90 % des procédures américaines se terminent par un tel accord entre l'autorité de poursuite et l'accusé, succès donc de rapidité, mais, lorsque celui qui s'est reconnu coupable comparaît, le débat sur sa culpabilité étant évacué par hypothèse, n'y a-t-il pas atteinte aux droits de la défense?»⁵⁴.

36. Le plaider coupable n'est pas une spécificité de la justice américaine: il est appliqué dans d'autres pays pour éviter des procès longs et coûteux et désengorger une justice de plus en plus encombrée. Des craintes sont cependant formulées sur les facteurs d'inégalité et d'injustice que cette procédure génère et sur les risques de coercition qui peut être exercée à l'encontre de personnes vulnérables, pas toujours informées de leurs droits ou qui sont dans l'incapacité de comprendre les enjeux du marché qu'on leur propose.

37. Une autre constatation: le caractère populaire accentué de la justice ainsi que la distinction du jury d'accusation de celui du jugement conçue à l'origine pour éviter les erreurs judiciaires sont biaisés par la sous-représentation des minorités dans la composition du jury et dans les effectifs du pouvoir judiciaire, conséquences inévitables des politiques d'exclusion sociale, mais aussi de l'application de l'égalité formelle: “the blind colour, blind race policy”⁵⁵.

38. La composition du jury et le lieu du procès étant déterminants dans certaines affaires, la *common law* donne le droit aux juridictions d'ordonner un changement de lieu, pour garantir, si nécessaire, à l'accusé un procès juste et un jury impartial. La pratique révèle que ce procédé peut aussi être utilisé de façon inégalitaire ou carrément discriminatoire, comme en témoigne l'affaire *Rodney King*⁵⁶. De plus, lorsqu'une allégation de discrimination est formulée, les tribunaux mettent la charge de la preuve sur le plaignant, ou emploient une méthodologie et des critères qui aboutissent au rejet systématique des allégations de discrimination.

39. L'importance de l'approche et de la méthodologie employées par les juridictions nationales est parfaitement illustrée dans un article de Brand consacré à un siècle de jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis: “*The Court's methodology focuses on preventing discriminatory exclusion of minorities from the jury box rather than on guaranteeing their non discriminatory inclusion. The difference in emphasis is profound; its net effect is devastating ...The Court's flawed methodology and naïve assumptions about race explain the continuing chasm between the rhetoric of inclusion and the reality of exclusion*”⁵⁷.

40. Dans les systèmes nationaux et parfois même devant les mécanismes régionaux de protection des droits de l'homme, la charge et le mode d'établissement de la preuve comptent parmi les obstacles majeurs pour les victimes de la discrimination. Ainsi, l'application du critère de la preuve au-delà de tout doute raisonnable, par la Cour européenne des droits de l'homme, a

rendu impossible l'établissement de la preuve de discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique (violation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme). En s'appuyant sur des éléments de preuves indirectes et en déplaçant la charge de la preuve pour la faire peser sur le gouvernement défendeur, la Cour a pu conclure à la violation de l'article 14 de la Convention (*Natchova c. Bulgarie*)⁵⁸.

41. En droit international des droits de l'homme, l'élément intentionnel n'est pas déterminant pour établir la preuve de la discrimination; ses effets et notamment l'impact disproportionné suffisent⁵⁹. Dans la pratique des États, les disparités raciales ne sont pas toujours prises en compte pour prouver la discrimination⁶⁰, la preuve de la motivation raciale n'est pas facile à établir et, même lorsque les preuves existent, elles ne sont pas toujours accessibles à la victime⁶¹. La situation est encore plus difficile lorsque la victime doit établir la preuve de la discrimination devant une juridiction pénale.

B. La place de la victime dans le processus pénal

42. Déposer plainte n'est pas une démarche aisée, notamment lorsque la victime appartient à un groupe vulnérable, et surtout lorsque la plainte vise des agents de l'État⁶². Ainsi, les pressions, le peu d'enthousiasme des avocats, le manque d'information des victimes sur le déroulement des procédures, le caractère intimidant de l'appareil judiciaire⁶³ et l'absence de soutien au cours du processus pénal contribuent à renforcer les hésitations des victimes à entamer ou à poursuivre des démarches en justice. C'est d'autant plus vrai que très peu de pays accordent une aide juridictionnelle aux victimes. La lenteur et la lourdeur du processus judiciaire constituent également un problème qui sape la confiance des victimes à l'endroit de la justice. Ces entraves s'expliquent, du moins en partie, par la place de la victime dans le processus pénal, notamment lorsque celle-ci appartient à une catégorie sociale vulnérable.

43. En effet, et comme nous l'avons souligné dans les travaux préparatoires, la justice pénale a longtemps considéré la victime comme une tierce partie au procès pénal et ce, dans pratiquement tous les systèmes juridiques; parfois, elle n'est même pas une partie au procès. Dans certains droits (*common law*), la victime est un témoin ordinaire dans le procès, elle ne participe pas au débat d'audience, ne peut pas se constituer partie civile devant les juridictions pénales et doit prêter serment avant de déposer. Dans d'autres systèmes, la victime peut mettre en mouvement l'action civile devant les juridictions pénales, mais seulement si le parquet a déjà engagé des poursuites. Les pays qui ont adopté ce système l'ont généralement assorti d'une particularité favorable à la victime, qui, en cas de classement sans suite par le parquet, peut saisir la cour d'appel pour que celle-ci ordonne au parquet de mettre en mouvement l'action publique. Un troisième groupe de législation permet à la victime d'agir à la fois par voie d'action, c'est-à-dire qu'elle peut palier l'inaction ou la carence du parquet et mettre en mouvement l'action publique, comme elle peut agir par voie d'intervention, c'est-à-dire qu'elle adhère au procès après la mise en mouvement de l'action publique par le parquet⁶⁴.

44. Il faut cependant préciser que le fait de reconnaître à la victime le droit de mettre en mouvement l'action publique n'en fait pas pour autant un ministère public *bis*, puisque son intervention est conçue non pas pour éviter l'impunité à de présumés coupables, mais uniquement pour lui permettre de demander des dommages-intérêts pour un préjudice occasionné par une infraction. Dans les systèmes les plus avantageux, les droits de la victime dans le processus pénal se limitent à lui garantir cette finalité. La victime n'est pas admise à

s'opposer ou à contester une mise en liberté, une condamnation laxiste ou toute autre mesure de clémence accordée par le tribunal à l'accusé.

45. En droit musulman, la victime et sa famille jouent en revanche un rôle central dans le processus pénal, notamment lorsqu'il s'agit de la poursuite des atteintes à la vie ou à l'intégrité corporelle de la personne. Pour les pays qui appliquent un corpus de droit pénal inspiré de la loi ancestrale du talion, les poursuites pénales, en cas de meurtre ou de dommage corporel, sont soumises à la décision de la victime ou de sa famille qui peut demander que soit infligé au coupable le même traitement que celui subi par la victime («Quassas») ou accepter une compensation financière («Diyeh») (le prix du sang). En l'absence d'accord entre la victime et l'auteur, la Diyeh est fixée selon un tarif préétabli, étant observé que la Diyeh d'une femme est évaluée à la moitié de celle d'un homme. Ce même principe gravement discriminatoire est également appliqué aux «Dhimmis», minorités religieuses reconnues en droit musulman⁶⁵. En application de ce principe, les minorités non reconnues se trouvent *ipso facto* exclues du droit à réparation⁶⁶. Les survivances de ce rôle traditionnel favorable à la victime génèrent d'autres inégalités de traitement et des discriminations qui affectent les personnes démunies, les minorités et surtout les femmes⁶⁷.

46. Il ressort de ce qui précède que, même dans les systèmes juridiques les plus avantageux, la place de la victime dans le processus pénal reste globalement secondaire, ce qui bien évidemment influe sur ses droits et sur sa perception de la justice. Il est ainsi prouvé à travers les sondages et les recherches que très souvent les victimes ne sont pas satisfaites de l'accueil réservé par la justice à leurs plaintes et de la façon dont elles sont traitées dans le système de justice pénale. Le procès pénal est souvent décrit par les victimes comme une expérience traumatisante.

47. Entre-temps et sous l'impulsion du droit international, les droits de l'accusé ont continué à se consolider pour conduire à un déséquilibre dans le processus pénal. C'est ainsi, et à la différence des violations des droits de l'accusé qui souvent entraînent la nullité de la procédure, que l'inobservation des droits de la victime ne compromet aucunement l'issue des poursuites. Elle n'entraîne pas l'irrecevabilité d'éléments de preuves ni n'empêche un acquittement. La procédure pénale en tant que telle ne prévoit aucun système de sanction en cas d'inobservation des droits de la victime⁶⁸.

48. La consolidation de la place de la victime dans le processus pénal a commencé en 1985 avec l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies de la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, qui garantit à la victime le droit d'être présente au procès, d'être assistée pour se défendre, d'être informée du déroulement de la procédure et de participer au processus de prise de décisions.

49. La jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale ont introduit de nouvelles garanties en faveur des victimes des crimes les plus graves⁶⁹. D'autres instruments internationaux contraignants sont venus renforcer les droits de certaines victimes vulnérables, dont les femmes et les enfants⁷⁰. Cette évolution positive a amené la plupart des pays à entreprendre des réformes dans leur système de justice pénale, afin de redéfinir les droits de la victime et mettre en place des mécanismes et des instruments juridiques qui prennent en compte les éléments fondamentaux de l'équité à l'égard des victimes⁷¹.

50. Seulement, et comme dans le cas des autres règles et normes, c'est au niveau de l'application que les problèmes se posent et les insuffisances apparaissent, surtout lorsqu'il s'agit de protéger des personnes vulnérables.

C. La dimension structurelle des pratiques discriminatoires de la police et des autres intervenants dans le processus pénal

51. Lorsqu'on se penche sur les violations des droits de l'homme, d'une façon générale et plus particulièrement sur les violations du droit à la non-discrimination dans le système de justice pénale, on constate que c'est au niveau des services de sécurité et plus particulièrement de la police que les violations sont les plus graves, les plus flagrantes et les plus courantes⁷². Certains prétendent qu'il ne s'agit là que d'actes individuels et isolés, d'autres affirment que les violations commises par la police sont structurelles et reflètent les tendances présentes dans la société. Il est vrai que lorsqu'un racisme endémique à l'égard d'un groupe déterminé existe dans la société, il se traduit souvent par une stigmatisation de ce groupe par la police, mais, au-delà des comportements individuels, il est prouvé que les brutalités policières et le traitement discriminatoire à l'égard de certains groupes sont aussi institutionnalisés⁷³.

52. Les politiques de "Blind colour, blind race" dans le recrutement comptent parmi les discriminations structurelles qui se traduisent, dans presque tous les pays, par une sous-représentation des minorités dans la police et dans les autres services chargés de l'application des lois. Cette faiblesse de la représentation des minorités concourt à la perpétuation des présomptions stéréotypées fondées sur la race, l'ethnie, la couleur, la religion, l'ascendance ou le lieu d'origine dans l'attribution d'une propension à l'acte criminel, l'identification des tendances de la criminalité et des lieux où elles se concentrent⁷⁴.

53. Les orientations des politiques pénales pour lutter contre la criminalité et assurer le maintien de l'ordre et la sécurité ne sont pas non plus sans influence sur le comportement des policiers et sur l'existence du «délit de faciès» ou «profilage racial»⁷⁵. Dans son rapport à la soixantième session de la Commission des droits de l'homme, le Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme et de discrimination raciale indique que, «dans plusieurs pays, certaines minorités raciales ou ethniques sont associées par les autorités à certains types de crimes et d'actes asociaux, comme le trafic de drogue, l'immigration illégale, le vol à la tire ou à l'étalage [...] Le profilage racial et également religieux, par sa pratique généralisée dans tous les continents, mais surtout du fait de la responsabilité d'institutions centrales des appareils d'État en charge de la loi et de l'ordre, constitue un indicateur alarmant de la prégnance de la culture et de la mentalité racistes et discriminatoires dans de nombreuses sociétés»⁷⁶. Le Rapporteur spécial sur la question de la torture fait aussi état du profilage racial dans la pratique de la torture⁷⁷. La proportion des membres de groupes vulnérables qui décèdent en détention et des victimes de brutalités policières est souvent sans rapport avec leur nombre dans la population⁷⁸.

54. Des sources fiables ont plusieurs fois démontré et dénoncé la dimension institutionnelle de la discrimination et du profilage racial pratiqués par la police à travers les statistiques des interpellations et des arrestations sur la voie publique des membres des minorités traditionnellement stigmatisées, dans le domaine des infractions relatives à la drogue, à la prostitution, à la petite délinquance et à travers la concentration des patrouilles et des contrôles dans les quartiers des plus pauvres⁷⁹. Mais c'est surtout dans le contexte de la lutte menée après le 11 septembre 2001 contre le terrorisme qu'un profilage ethnique ciblant la minorité arabe et

les musulmans de la région de l'Asie du Sud a été érigé en politique officielle, aux États-Unis particulièrement, mais aussi dans un grand nombre de pays⁸⁰.

55. La dimension institutionnelle des pratiques discriminatoires imputées à la police et à d'autres services chargés de l'application des lois est aussi la conséquence de la combinaison de plusieurs facteurs. On relève entre autres: l'étendue des pouvoirs dont on dote la police pour lutter contre la criminalité et assurer le maintien de l'ordre et la sécurité, l'insuffisance des moyens mis à sa disposition, le type de contrôle qui s'exerce sur la police, l'existence ou l'absence de voies de recours efficaces et de mesures positives pour prévenir et sanctionner la violation des droits des plus vulnérables.

56. Lorsque la police est investie de larges pouvoirs discrétionnaires, lorsqu'elle est la seule autorité habilitée à enquêter sur les violations imputées à ses agents, lorsque les mécanismes de contrôle externe sont inexistants ou ne sont pas investis de pouvoirs effectifs pour sanctionner et faire cesser les violations, mais surtout lorsque le fait de se plaindre comporte des risques considérables sans garantie de succès, les abus sont inévitables et l'impunité est assurée parce que c'est le système qui l'organise⁸¹. Dans certaines situations, il ne s'agit pas seulement d'inefficacité, d'insuffisances ou d'incapacité réelle, mais d'une volonté de discriminer ou de réprimer certains groupes sociaux⁸².

57. L'absence ou la rareté des plaintes est souvent invoquée par les États pour nier l'existence des violations, des discriminations et du racisme. Dans l'avant-projet de recommandation générale sur la prévention de la discrimination raciale dans l'administration et le fonctionnement de la justice, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale précise à ce propos que, «[contrairement à ce que pensent certains États], l'absence ou la rareté des plaintes, des poursuites et des jugements concernant les actes de discrimination [...] ne doit pas être regardée comme nécessairement positive [...] Elle peut aussi révéler, soit une information insuffisante des victimes sur leur droits, soit la peur d'une réprobation sociale ou de représailles, soit la crainte du coût et de la complexité de la justice de la part des victimes dont les ressources sont limitées, soit un manque de confiance à l'égard des autorités de police et de justice, soit une insuffisante attention ou sensibilisation de ces autorités à l'égard des infractions du racisme»⁸³.

58. Les discriminations ne sont pas l'apanage de la police, elles sont aussi pratiquées par d'autres intervenants dans le processus pénal. Les groupes minoritaires étant sous-représentés dans l'administration de la justice, les stéréotypes des policiers à l'égard de certains groupes se retrouvent dans les décisions des concepteurs des politiques pénales, des procureurs et des juges. Il est en effet établi que les infractions qui mettent en cause des membres de groupes stigmatisés ou marginalisés sont plus sévèrement sanctionnées⁸⁴. L'impact disproportionné sur les populations autochtones et sur certains groupes stigmatisés par le crime du système de peines minimales et de détention obligatoire appliqué dans certains pays à certaines infractions confirme cette tendance⁸⁵. Les statistiques et des données factuelles démontrent que, dans l'application de la peine de mort, la dimension de la race, de la couleur et du lieu d'origine est un facteur déterminant⁸⁶. Il est aussi établi que les disparités sur le plan de l'incarcération sont la conséquence de politiques pénales orientées et d'une tendance à poursuivre et à incarcérer plus fréquemment les membres de groupes vulnérables⁸⁷.

IV. CONCLUSION

59. Dans le document de travail final E/CN.4/Sub.2/2002/5, les discriminations *de jure* et les discriminations institutionnelles découlant de la coopération interétatique en matière pénale ont été démontrées. Le présent rapport est axé sur l'analyse des discriminations institutionnelles et structurelles dans le système national de justice pénale et sur les aspects qui démontrent que la discrimination n'est pas seulement comportementale ou de fait et ne provient pas uniquement des règles de droit que les systèmes nationaux de justice pénale appliquent. L'attraction du droit pénal substantiel et du droit processuel à la garantie des droits fondamentaux consacrés par des sources supranationales a été utilisée comme repère pour déceler les discriminations directes et indirectes qui affectent gravement la jouissance des droits fondamentaux des groupes vulnérables.

60. Étant donné les règles limitant la longueur des documents et le réajustement opéré pour se conformer aux termes de la résolution 2004/24 de la Sous-Commission, certaines questions qui devaient être étudiées à ce stade de l'étude n'ont pas été traitées. Il en va ainsi, en particulier, des traitements discriminatoires dans l'administration pénitentiaire et de la discrimination abordée sous l'angle de la sexospécificité. Ces questions seront étudiées dans le rapport final. Une place essentielle du rapport sera toutefois consacrée aux bonnes pratiques adoptées au niveau international, régional et national pour lutter efficacement contre la discrimination dans le système de justice pénale. Des recommandations seront formulées pour promouvoir et mettre en application les meilleures pratiques qui seront identifiées.

Notes

¹ Voir R. David et C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002; voir également "Criminal Justice Profiles of Asia: Investigation, Prosecution, and Trial", UNAFEI (Institut des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants en Asie et en Extrême-Orient), 1995.

² Voir «Droit processuel. – Droit commun et droit comparé du procès: les sources d'attraction du droit processuel à la garantie des droits fondamentaux», Précis Dalloz, 1^{re} éd., p. 52.

³ Voir L. Doswald-Beck et R. Kolb, *Garanties judiciaires et droits de l'homme. – Nations Unies, systèmes européen, américain et africain: textes et résumés de la jurisprudence internationale*, Strasbourg, Édition N. P. Engel, 2004.

⁴ Observation générale n° 29 du Comité des droits de l'homme, relative aux états d'urgence (voir la base de données des organes de surveillance de l'application des traités sur le site www.unhchr.org).

⁵ Voir le rapport de la Haut-Commissaire à la soixantième session de la Commission des droits de l'homme intitulé «Étude analytique du principe fondamental de non-discrimination dans le contexte de la mondialisation» (E/CN.4/2004/40, par. 7 à 15).

⁶ Voir le rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-troisième session, en 2001 (A/56/10), p. 224. Voir également A. Bayefsky, "The principle of equality or non-discrimination in international law", *Human Rights Journal*, vol. 11, n^{os} 1-2, p. 18 à 24.

⁷ Observation générale n° 29, par. 8.

⁸ Sur les notions d'égalité et de non-discrimination, on consultera avec profit le livre de R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes* (notamment p. 246), Paris, LGDJ, juin 2003.

⁹ Voir *Non-Discrimination in International Law: A Handbook for Practitioners* (textes réunis par K. Kitching), chap. I^{er}, "State obligations: public and private discrimination", Londres, INTERIGHTS, janvier 2005, p. 22.

¹⁰ Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels considère que les droits énoncés dans le Pacte imposent trois sortes d'obligation aux États parties: l'obligation de respecter ces droits, l'obligation de les défendre et l'obligation d'en assurer le plein exercice. Cette dernière obligation, à son tour, suppose à la fois l'obligation de faciliter l'exercice de ces droits et l'obligation d'accorder ces droits: voir le rapport intérimaire de A. Eide (E/CN.4/Sub.2/2003/21, par. 45 et suiv.). Voir également l'observation générale n° 31 du Comité des droits de l'homme, par. 10 et 11, et la recommandation n° 30 du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, par. 1 à 5.

¹¹ *A Handbook for Practitioners* (op. cit. *supra* note 9), chap. IV, p. 115. Voir également *Human Rights in the Administration of Justice*, chap. 13, "The rights to equality and non-discrimination in the administration of justice", p. 651 (publication des Nations Unies).

¹² La Cour européenne des droits de l'homme rappelle chaque fois que «la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires mais concrets et effectifs» (voir, entre autres, *Artico c. Italie*, 13 mai 1980).

¹³ Observation générale n° 18, par. 10.

¹⁴ Comité des droits de l'homme, communication n° 172/1984 du 9 avril 1987, *S. W. M. Broeks v. The Netherlands*, *Documents officiels de l'Assemblée générale à sa quarante-deuxième session* (A/42/40), p. 150, par. 13. La Cour européenne des droits de l'homme considère que le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes (6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, requête n° 34369/97, point 44). La position de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sur la non-discrimination et l'égalité a été précisée dans l'avis consultatif sur la proposition d'amendement de la Constitution du Costa Rica (OC-4/84, 19 janvier 1984, *Series A, No. 4*, p. 104).

¹⁵ Observation générale n° 18 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels et recommandation générale n° 30 du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, par. 24. Voir à ce sujet T. Choudhury, "The Human Rights Committee's interpretation of ICCPR article 26", Department of Law, University of Durham.

¹⁶ Observation générale n° 28 du Comité des droits de l'homme, relative à l'égalité des droits entre hommes et femmes (art. 3).

¹⁷ Observation générale n° 18. Voir également la recommandation générale n° 28 concernant la discrimination fondée sur l'ascendance du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale.

¹⁸ Voir à ce sujet "Racial Bias in Lethal Police Action in Brazil", recherche menée par J. Cavallaro, A. Alves et C. Jakimiak pour mesurer l'effet de la race dans le système de sécurité publique au Brésil, document électronique de l'Open Society Justice Initiative, p. 2 (www.justiceinitiative.org), et le rapport de mission au Brésil du Rapporteur spécial sur l'indépendance des juges et des avocats, Leandro Despouy (E/CN.4/2005/60/Add.3), par. 24.

¹⁹ Sur les résistances à l'application de mesures positives dans la sphère de la justice pénale aux États-Unis, voir P. Butler, "Affirmative action, diversity of opinions: affirmative action and the criminal law", *University of Colorado Law Review*, vol. 68, 1997, p. 841.

²⁰ Les manifestations de la discrimination et l'identification des victimes potentielles de la discrimination dans le système de justice pénale ont été traitées dans le document de travail E/CN.4/sub.2/2001/WG.1/CRP.1 (par. 30 et suiv.).

²¹ Dans le résumé de son rapport à la soixante et unième session de la Commission des droits de l'homme, le Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme et de discrimination raciale, Doudou Diène, indique qu'il a relevé, dans trois pays visités (Nicaragua, Guatemala et Honduras), «trois expressions caractéristiques d'une réalité de discrimination profonde: une adéquation troublante entre la carte de la pauvreté et celle des communautés autochtones et d'ascendance africaine; une participation marginale aux structures du pouvoir..., [une] présence insignifiante dans les structures de pouvoir des médias (...) ainsi que la faiblesse de la prise de conscience de la profondeur et de l'enracinement de la discrimination tant au niveau des autorités politiques qu'au sein de la population dans son ensemble» (E/CN.4/2005/18Add.6).

²² Voir K. Daley, Symposium on race and criminal justice, "Criminal law and justice system practices as racist, white, and racialised", 1994, 51 *Wash & Lee L. Rev.* 431. L'article traite de la surreprésentation des Blancs dans l'administration de la justice aux États-Unis, dans l'application des lois pénales et parmi les concepteurs des politiques pénales, d'une part, et la surreprésentation des Noirs dans la population qui subit ces politiques et ces lois, d'autres part.

²³ À ce sujet, voir notamment "Racism and the administration of justice", Amnesty International (ACT 40/020/2001) et «Effet raciste: justice pénale et administration publique», Human Rights Watch, 2001.

²⁴ Voir "Ethnic Profiling by Police in Europe", Open Society Justice Initiative, juin 2005; voir aussi le rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, Rodolfo Stavenhagen (E/CN.4/2004/80), par. 23.

²⁵ La stigmatisation par le crime des populations vulnérables a été traitée dans le document de travail final E/CN.4/Sub.2/2002/5, par. 44 et suiv.

²⁶ Voir Hernu, op. cit. *supra* note 8, p. 267, concernant les caractères de la discrimination directe et indirecte. Voir aussi Conseil de l'Europe, directive 2000/43/EC du 29 juin 2000 mettant en œuvre le principe du traitement égal des personnes indépendamment de leur origine raciale ou ethnique (la «directive raciale», art. 2).

²⁷ Sur la signification de la garantie de l'égal accès à la justice, les limites à son effectivité, notamment en droit européen, on consultera avec profit «Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès», Précis Dalloz, 2^e éd., 2003, p. 349; voir aussi C. Harlow, «L'accès à la justice comme droit de l'homme», dans *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 189.

²⁸ Voir «Les inégalités devant la loi et la justice», Association française droit et démocratie dans *Petites Affiches* n° 238 du 28 novembre 2002, Édition quotidienne des journaux judiciaires associés.

²⁹ Dans un débat diffusé le 27 avril 2005 par la chaîne de télévision de l'Assemblée nationale de la République française sur le traitement de la récidive, les responsables de l'administration pénitentiaire ont reconnu que 64 % des détenus n'ont aucun diplôme, 30 % ont des difficultés de lecture et 50 % n'ont pas travaillé depuis plus d'un an quand ils rentrent en détention préventive.

³⁰ Guy Canivet, Premier Président de la Cour de Cassation française dans «L'accès au juge de cassation et le principe d'égalité» (2002) et «Les inégalités devant la loi et la justice», p. 15.

³¹ "Legal Aid Reform and Access to Justice", Open Society Justice Initiative, février 2004.

³² B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999, p. 117.

³³ Pour les références normatives relatives au droit à un avocat, consulter le document “Non-Citizens and the Administration of Criminal Justice: Submission to the Committee on the Elimination of Racial Discrimination”, p. 12 (al. f), Commission internationale de juristes, janvier 2004 (disponible sur le site www.icj.org).

³⁴ J. A. Goldston résume la réalité de l’aide juridictionnelle par cette phrase: “*The right to legal aid in criminal cases, widely proclaimed in a range of human rights instruments and national constitutions, is routinely ignored. Defendants, who can’t pay, are interrogated, charged, tried and convicted without a lawyer, or with only the most cursory and sub-standard representation*”, “Legal Aid Reform and Access to Justice” (op. cit. *supra* note 31). Voir également “Understanding and Addressing Racial Discrimination in Representation” (E/CN.4/2003/WG.20/Misc.3) et “Assembly Line Justice: Mississippi’s Indigent Defense Crisis” (E/CN.4/2003/WG.20/Misc.4). Ces deux documents ont été soumis à la troisième session du Groupe de travail d’experts sur les personnes d’ascendance africaine (E/CN.4/2004/17/Add.2).

³⁵ Voir, entre autres, les rapports de visite à Bahreïn (E/CN.4/2002/77/Add.2, par. 65), au Mexique (E/CN.4/2003/8/Add.3, par. 52 à 56), en Lettonie (E/CN.4/2005/6/Add.2, par. 49 à 54), au Bélarus (E/CN.4/2005/6/Add.3, par. 39 et suiv.), en République islamique d’Iran (E/CN.4/2004/3/Add.2, par. 49).

³⁶ Voir E/CN.4/2005/6/Add.2, par. 51 à 54.

³⁷ Le Comité des droits de l’homme considère que pour les personnes privées de liberté le droit à un avocat doit être assuré avant et pendant le procès (voir *Borisenko c. Hongrie*, 6 décembre 2002 [CCPR/C/76/D/1999], par. 7.5).

³⁸ Voir «Discrimination raciale dans l’administration de la justice», document présenté par l’Open Society Justice Initiative au Comité pour l’élimination de la discrimination raciale lors de sa soixante-cinquième session (août 2004), p. 8.

³⁹ L’impact de la différence de culture et l’obstacle de la langue ont été traités dans les travaux préparatoires (E/CN.4/Sub.2/2002/5, note 43). Voir également P. Hughes et M. J. Mossman, «Repenser l’accès à la justice au Canada», p. 42 (Ministère de la justice du Canada et R. Stavenhagen) [E/CN.4/2004/80, par. 23 et 54].

⁴⁰ “Non-Citizens and the Administration of Criminal Justice” (op. cit. *supra* note 33), p. 13 (al. g).

⁴¹ Article 14 (par. 3, al. f) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, articles 55 (par. 1, al. c) et 67 (al. f) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, articles 5 (par. 2) et 6 (par. 3, al. e) de la Convention européenne des droits de l’homme et article 8 (par. 2, al. a) de la Convention américaine des droits de l’homme.

⁴² «Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès», La langue utilisée: obstacle à un procès équitable?, op. cit. *supra* note 27, p. 646.

⁴³ Comité des droits de l’homme, 8 novembre 1989, *Revue universelle des droits de l’homme*, 1991, p. 167.

⁴⁴ Groupe de travail sur la détention arbitraire (E/CN.4/2002/77/Add.2, par. 94 et E/CN.4/2005/6/Add.2, par. 62).

⁴⁵ “Racial Discrimination in Charging, Verdict and Sentencing”, document présenté par l’Open Society Justice Initiative au Comité pour l’élimination de la discrimination raciale, p. 6.

⁴⁶ “Racial Bias in Lethal Police Action in Brazil” (op. cit. *supra* note 18).

⁴⁷ Les violations des droits de l’homme et plus particulièrement du droit à la non-discrimination dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ont été largement documentées dans les rapports de l’ensemble des mécanismes des droits de l’homme et par les ONG. Sur la violation du droit à la

non-discrimination, voir le rapport de l'expert indépendant sur la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste (E/CN.4/2005/103), p. 23.

⁴⁸ Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire sur sa visite en République islamique d'Iran (E/CN.4/2004/3/Add.2), par. 26.

⁴⁹ Voir "International Human Rights References to Non-Discrimination on the Ground of Sexual Orientation" sur la criminalisation de l'homosexualité (Commission internationale de juristes, 2004). Dans son rapport 1998-1999, l'ONG Equality Now donne des exemples de lois explicitement discriminatoires à l'égard des femmes dans 45 pays à travers le monde.

⁵⁰ S. Guinchard et J. Buisson, *Procédures pénales*, 2^e éd., 2002, Paris, Litec, p. 52.

⁵¹ Les rapports du Groupe de travail sur la détention arbitraire sont disponibles sur le site du Haut-Commissariat aux droits de l'homme (www.ohchr.org/issue/detention/index.htm).

⁵² Voir les derniers rapports du Groupe de travail sur la détention arbitraire sur ses visites en Lettonie (E/CN.4/2005/6/Add.2), au Bélarus (E/CN.4/2005/6/Add.3) et en Chine (E/CN.4/2005/6/Add.4).

⁵³ Dans le *plea-bargaining*, les inculpés renoncent à trois de leurs garanties constitutionnelles: le droit à ne pas témoigner contre soi-même, le droit à un jury et le droit à un contre-interrogatoire. C'est pourquoi la Cour suprême des États-Unis a précisé que les comptes rendus doivent mettre en évidence que l'inculpé a plaidé coupable volontairement et en toute connaissance de cause (*Brady c. Etats-Unis*).

⁵⁴ Guinchard et Buisson, op. cit. *supra* note 50, p. 145.

⁵⁵ Jeffrey S. Brand, "The Supreme Court. – Equal Protection and Jury Selection: Denying that race still matters", *Wisconsin Law Review*, 511, 605 (1994).

⁵⁶ Dans l'affaire *Rodney King* (1992), la Cour d'appel de Californie a autorisé un changement de lieu qui a permis aux policiers blancs accusés d'avoir passé à tabac King d'être jugés dans une banlieue en grande majorité blanche et d'obtenir un verdict de non-culpabilité prononcé par un jury composé de dix Blancs, un Noir et un Hispanique, verdict qui a provoqué des émeutes qui firent plus de 50 morts.

⁵⁷ Brand, loc. cit. (*supra* note 55). Voir également J. R. Kramer, 67, *Tulane Law Review*, 1725 (1993).

⁵⁸ Voir le commentaire de l'arrêt du 26 février 2004 de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Natchova c. Bulgarie* par B. Plese, "The Strasbourg Court Finally Redresses Racial Discrimination", *Roma Rights Quarterly Journal*, European Roma Rights Center, n° 1, 2004, p. 109 et dans *A Handbook for Practitioners* (op. cit. *supra* note 9), p. 84. Dans l'affaire *Chedli Ben Ahmed Karoui c. Suède*, requête n° 185/2001, le Comité contre la torture a indiqué que «l'importante documentation digne de foi fournie» renversait la charge de la preuve sur l'État partie (CAT/C/28/D/185/2001, par. 10).

⁵⁹ E/CN.4/2004/40, par. 8.

⁶⁰ Amnesty International, "Racism and the administration of justice", p. 16.

⁶¹ *A Handbook for Practitioners* (op. cit. *supra* note 9), chap. IV, p. 124.

⁶² Sur les pressions et les difficultés que rencontrent les membres des minorités qui décident de déposer plainte contre la police pour mauvais traitement, voir Panayote Dimitras, "Highly irregular police investigation into ill-treatment of Romany men by police officers", *Roma Rights Quarterly Journal*, European Roma Rights Center, n° 5, 2003, p. 138.

⁶³ Les étrangers en situation irrégulière et les victimes de trafic d'être humains comptent parmi les victimes qui appréhendent le plus tout contact avec la justice (E/CN.4/2002/5, par. 37 et suiv.).

⁶⁴ Voir à ce sujet *La procédure pénale comparée dans les systèmes modernes: rapports de synthèse des colloques de l'ISISC*, sous la direction de Cherif Bassiouni et Jean Pradel, 1998, Toulouse, Éditions Érès, p. 38.

⁶⁵ Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire en République islamique d'Iran (E/CN.4/2004/3/Add.2), par. 26.

⁶⁶ C'est le cas notamment des Bahaïs en République islamique d'Iran. Dans un jugement rendu le 10 mars 2002 par la Cour de district de Minù-Dasht, la Cour a débouté les ayants droit des victimes de leur demande en indemnisation alors qu'elle a déclaré l'accusé coupable d'homicide et l'a condamné à trois ans d'emprisonnement. La Cour a motivé sa décision en ces termes: "*The members of the Bahà'ì sect are not considered as Dhimmi [i.e. Jews, Christians and Zoroastrians, recognized in the constitution]... Therefore, blood money is not applicable to them...[the Court] decided as to the issue of blood money, to clear the accused of any obligation*".

⁶⁷ E/CN.4/2004/3/Add.2, par. 65 (5).

⁶⁸ Voir «Délinquants et victimes: obligation redditionnelle et équité de la procédure judiciaire», dixième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants (A/CONF.187/8), par. 16.

⁶⁹ Les nombreuses décisions prises jusqu'ici, surtout par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, ont donné l'occasion aux juridictions pénales internationales de développer une jurisprudence constructive qui traduit la volonté d'efficacité et qui peut constituer un modèle pour les systèmes nationaux de procédure pénale. L'apport de cette jurisprudence concerne entre autres la protection des victimes et des témoins par la non-divulgaration de leur identité. Voir le document de travail présenté par Françoise Hampson sur la criminalisation des actes de violence sexuelle graves et la nécessité d'ouvrir une enquête à leur sujet et d'en poursuivre les auteurs (E/CN.4/Sub.2/2004/12).

⁷⁰ Il s'agit, notamment, de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et de ses deux Protocoles additionnels, le Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, et le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer adoptés en novembre 2000 par l'Assemblée générale (ces instruments ne sont pas encore entrés en vigueur).

⁷¹ Voir S. Frey, "Victim Protection in Criminal Proceedings: The Victim's Rights to Information, Participation and Protection in Criminal Proceedings", *Resources Material Series*, n° 63, UNAFEI, juillet 2004, p. 57.

⁷² Solomi B. Bossa, juge de la High Court d'Ouganda et de la Cour de justice d'Afrique de l'Est dit à propos des abus de la police en Afrique: "*Police is often cited as big contributor to human rights abuse and injustice. The contributors factors are many and varied. Police is ill equipped, and is poorly facilitated. It lacks professionalism and is often corrupt. It is also largely prone to political interference and influence. This gravely affect the function of keeping law and order, as it often results in impartiality and inevitably persecution. It also affects the length and quality of investigations and the quality of crime justice*" (HR/NB/SEM.2/2002/BP.3).

⁷³ Dans "Reflection on racism and public policy", Rodolfo Svenhagen note que "*The youth of racial minorities have been particularly singled out through a process of "criminalization": in the United States for example Blacks and Latinos have been prominent victims of racial profiling and discrimination, and since the terrorist attacks of 11 September 2001, Arabs have become the newest targets of such practices. A number of countries began to see racism not as a series of isolated incidents, but rather as a patterned and structured social problem...The globally*

excluded, the persistently poor, the hungry and the sick ... are also the victims of discrimination on ethnic, racial and cultural grounds” (UNIRISD [Institut des Nations Unies pour le développement social], *News Bulletin*, n° 25, automne/hiver 2002, p. 43).

⁷⁴ Daley, “Criminal law and justice system practices as racist, white, and racialised” (loc. cit. *supra* note 22).

⁷⁵ Plusieurs définitions ont été avancées pour cerner le phénomène dit de «délit de faciès» ou «profilage racial»; le Programme d’action de Durban en donne une (A/CONF.189/12, par. 72); l’Open Society Justice Initiative, qui s’est beaucoup investie pour lutter contre ce phénomène, le définit comme étant “*The use of racial or ethnic stereotypes by law enforcement officers as a factor in determining who has been, is or may be involved in criminal activity*” (présenté au Comité pour l’élimination de la discrimination raciale). La Commission ontarienne des droits de la personne (Canada) donne une définition plus complète du profilage: «Toute action prise pour des raisons de sûreté, de sécurité ou de protection du public qui repose sur des stéréotypes fondés sur la race, la couleur, l’ethnie, la religion, le lieu d’origine ou une combinaison de ces facteurs plutôt que sur un soupçon raisonnable, dans le but d’isoler une personne à des fins d’examen ou de traitement particulier» (rapport d’enquête sur le profilage racial au Canada, intitulé «Un prix trop élevé: les coûts humains du profilage racial», 2003, www.ohrc.on.ca).

⁷⁶ E/CN.4/2004/18, p. 7.

⁷⁷ Voir le paragraphe 52 intitulé “Race-related torture”, rapport de mission en Espagne (E/CN.4/2004/56/Add.2) et rapport annuel (E/CN.4/2001/66, par. 4 à 11).

⁷⁸ Soumis par l’Open Society Justice Initiative au Comité pour l’élimination de la discrimination raciale, p. 7.

⁷⁹ Au Royaume-Uni, l’enquête concernant le meurtre de Stephen Lawrence conclut en 1999 que l’“institutional racism” était “a corrosive disease” au sein du Metropolitan Police Service et d’autres services de police “countrywide” (travaux publiés par l’Open Society Justice Initiative). Voir également “The Stories, the Statistics and the Law: Why ‘Driving While Black’ Matters”, 84 *Minn. L. Rev.* 265 (1999); Human Rights Watch, “Abusing the User: Police Misconduct, Harm Reduction and HIV/Aids in Vancouver” (2003) et les rapports de la Commission européenne contre le racisme et l’intolérance (ECRI).

⁸⁰ Voir, entre autres, Deborah A. Ramirez, Jennifer Hoopes et Tara Lai Quinlan, “Defining Racial Profiling in a Post-September 11 World”, 40 *Am. Crim. L. Rev.* 1195 (2003) et le rapport publié en février 2004 par l’American Civil Liberties Union (ACLU) intitulé “Sanctioned Bias: Racial Profiling since 9/11”.

⁸¹ Voir H. C. Kelman, “The policy context of torture: A social-psychological analysis” dans *International Review of the Red Cross*, vol. 87, n° 857, mars 2005, p. 123. Voir également “Monitoring the right for an effective remedy for human rights violation”, Asian Human Rights Commission, mars 2001.

⁸² Voir “International Human Rights References to Non-Discrimination on the Ground of Sexual Orientation” (op. cit. *supra* note 49). Voir également deux publications d’amnesty International: *Them and us: fighting discrimination and preventing torture* (2001) et *Identité sexuelle et persécution* (2001).

⁸³ Version de septembre 2004, p. 4, par. 2.

⁸⁴ Voir “Punishment and Prejudice, Racial Disparities in the War on Drugs”, Human Rights Watch (rapport, mai 2000).

⁸⁵ J. Bessant, “Australia’s mandatory sentencing laws, ethnicity and human rights”, p. 369 et suiv., *International Journal on Minority and Group Rights 2001, Netherlands*. Voir également “Punishment and Prejudice, Racial Disparities in the War on Drugs” (op. cit. *supra* note 84).

⁸⁶ Soumis par l'Open Society Justice Initiative au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, p. 8.

⁸⁷ The Sentencing Project, "Comparative International Rates of Incarceration: An Examination of Causes and Trends", présenté à l'U.S. Commission on Civil Rights, 2003, p. 14.
