



HAL
open science

Egalité et lutte contre les discriminations

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Egalité et lutte contre les discriminations . Anne Berbarod-Grouteau; Anne Dagicour. Droit et Grands Enjeux du Monde Contemporain, 1 (1), Ellipses, 2013, Droit et Grands Enjeux du Monde Contemporain, 2729878920. <hal-01340976>

HAL Id: hal-01340976

<https://hal.science/hal-01340976v1>

Submitted on 3 Jul 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

Les sujets du droit

Égalité et lutte contre les discriminations

DANIEL BORILLO

Plan

Introduction

Égalité, différences et discriminations

Le principe d'égalité et de non-discrimination

Définition de la discrimination

Les traitements prohibés

Les catégories prohibées

Les domaines protégés

La preuve des discriminations

La lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité

Les sanctions

Trois exemples de discrimination

Le racisme

Le sexisme

L'homophobie

1 Introduction

« Ce jeune était noir, très noir, ça ne passait pas au niveau des clients, donc j'ai dit non. Je travaille avec des bourgeois, donc même si ce monsieur travaillait bien, peu importe, ça ne passait pas. Je ne suis pas raciste pour autant » : c'est en ces termes qu'un employeur a expliqué son refus de prendre en stage un peintre en formation. Ce jeune a saisi la HALDE (Haute autorité de lutte contre les discriminations, intégrée depuis 2011 dans le Défenseur des droits), qui a constaté que la candidature du réclamant avait été écartée en toute conscience du seul fait de sa couleur de peau et a décidé de porter plainte (délibération n° 2010-198 du 27 septembre 2010).

L'ignorance, l'absence de sensibilité ou la reproduction de préjugés ancrés dans la société constituent la source de blessures individuelles et de conflits collectifs. D'une manière générale, les notions d'exclusion, de ségrégation, de marginalisation et de discrimination renvoient à des systèmes, des critères, des dispositions et des pratiques qui permettent, facilitent ou encouragent un traitement moins favorable envers des personnes se trouvant dans des situations semblables. Toutefois, ces notions ont de caractéristiques spécifiques que nous devons mettre en évidence afin de bien cerner la question de l'égalité et la lutte contre les discriminations.

2 Égalité, différences et discriminations

Du point de vue étymologique, le terme exclusion appartient à l'ensemble des mots dérivés de la racine latine *clav-* (clef) exprimant l'idée

de fermeture. Exclure signifie donc enfermer quelqu'un dehors, le mettre à l'extérieur en érigeant une barrière entre lui et les autres. Le

terme *ségrégation* provient de la famille latine *grex, gregis* «réunion d'animaux ou d'individus de même espèce». Le verbe *adgregare* signifie «adjoindre à la troupe», *congregare* «réunir en une troupe» et *segregare* «séparer de la troupe». La *ségrégation* est «l'action de mettre à part, le fait de séparer». Le terme est habituellement utilisé pour faire référence à la séparation raciale (*apartheid*). «L'idée de *ségrégation*... s'appuie sur le slogan "Égaux mais différents". L'idée "d'égalité dans la différence" manifeste, dans les faits, toujours un refus de l'égalité. La *ségrégation* a amené aussitôt la discrimination», elle représente donc la forme spatiale de la discrimination.

Discriminer, c'est distinguer, différencier, soit tenir pour distinct ou différent et, par conséquent, traiter distinctement ou différemment. L'opération de discrimination peut être mentale (faculté intellectuelle) ou matérielle (pratique concrète). La coupure est, par définition, moins abstraite dans la *ségrégation* : *ségréguer*, c'est étymologiquement, séparer du troupeau, instaurer une distance physique entre une partie (un ou plusieurs éléments) et le reste du groupe.

Tous ces termes véhiculent la même idée d'injustice et d'inégalité. Mais, alors que la notion d'exclusion fait référence à une mise à l'écart pour des raisons essentiellement économiques (chômage, pauvreté, marginalité...), celle de discrimination renvoie à une dégradation de type juridique qui se manifeste par l'affaiblissement des droits subjectifs. Il est ainsi permis de considérer que l'exclusion constitue une atteinte à la valeur solidarité, la *ségrégation* à la valeur liberté (en particulier à la liberté de circulation) et la discrimination une mise en cause de la valeur égalité.

Il existe un lien étroit entre ces concepts, très fréquemment en effet, un phénomène d'exclusion est accompagné de discrimina-

tion et de *ségrégation*. Ainsi, une personne à la peau noire, surendettée et habitant dans une cité de banlieue est très souvent exclue et *ségréguée* et elle peut de surcroît être victime de discriminations. Néanmoins, résoudre le problème de l'exclusion n'implique pas nécessairement de mettre fin aux phénomènes discriminatoires. Dans le même ordre d'idées, une femme blanche d'origine européenne de classe moyenne, par exemple, peut trouver plus de difficultés à accéder à un emploi qu'un homme dans la même situation. En outre, un gay ou une lesbienne appartenant à une élite économique et bénéficiant de tous les privilèges liés à leur condition sociale peuvent se trouver dans une situation de discrimination lorsqu'il ou elle décide de formaliser par le mariage l'union avec son compagnon ou sa compagne. Autrement dit, la disparition de l'exclusion ne constitue pas un gage d'affaiblissement de la discrimination.

Les sociétés assurant aujourd'hui une plus grande égalité économique et sociale ne sont pas à l'abri de manifestations ou de pratiques discriminatoires. De même, une politique antidiscriminatoire efficace n'est pas en mesure de garantir la consolidation d'une égalité dans le marché.

Nous n'aborderons pas ici la problématique de l'exclusion ni celle relative à la *ségrégation* ; nous nous consacrerons exclusivement à l'analyse des discriminations, et ce, principalement sous l'angle juridique. Il faut enfin souligner que l'interdiction des discours et crimes racistes et xénophobes fait l'objet d'une législation séparée. Celle-ci interdit – par le droit pénal – l'incitation à la violence et à la haine fondées sur la race, la couleur, la religion, l'ascendance, la nationalité ou l'origine ethnique. L'incitation à la haine fondée sur la race, le sexe, la religion ou la nationalité par l'intermédiaire des services de médias audiovisuels est également interdite.

Le principe d'égalité et de non-discrimination

L'affirmation de l'égalité, et son corrélat, le principe de non-discrimination constituent l'un des fondements des démocraties modernes.

L'État démocratique s'est construit contre les régimes de privilèges et, en proclamant l'unité

du genre humain, a jeté les bases d'un idéal égalitaire toujours poursuivi. L'ensemble des constitutions nationales des États démocratiques consacre la valeur d'égalité de la manière la plus solennelle qui soit.

▫ L'article 3 de la Constitution allemande contient un principe d'égalité et énumère les situations discriminatoires prohibées. Selon les termes de l'article 1^{er} de sa Constitution, « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. ». L'article 3 de la Constitution italienne ainsi que l'article 14 de celle de l'Espagne proclament avec vigueur ces mêmes valeurs.

Aussi, la lutte contre les discriminations constitue l'un des enjeux majeurs dans la construction de « l'Europe des citoyens ». Les traités constitutifs de l'Union ainsi que la Charte européenne des droits fondamentaux la placent au cœur des dispositifs protecteurs des droits de l'homme.

▫ L'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne interdit toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur de peau, les origines ethniques ou sociales, la nationalité, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

Ce furent d'abord les organisations internationales telle que la Société des Nations et plus tard les Nations unies qui ont mis en place un système de protection des minorités. Ensuite les différents États ont intégré dans leur légis-

lation des mécanismes juridiques spécifiques qui, au-delà de la consécration du principe d'égalité, sanctionnaient des comportements susceptibles de traiter, sans justification raisonnable, d'une manière moins favorable un groupe de personnes. Le droit européen a permis de donner une dynamique nouvelle à la lutte contre les discriminations en obligeant les États de l'Union à élaborer des outils juridiques susceptibles de renverser la logique des politiques traditionnelles, en introduisant la notion de discrimination indirecte, et en allégeant le système de la preuve notamment.

Au niveau international, les politiques publiques les plus avancées ont également adopté des dispositifs similaires : ce n'est plus aux victimes de prouver la discrimination, ce n'est même plus nécessaire de prouver l'existence d'une volonté discriminatrice pour que la protection juridique soit déclenchée. De même la victime n'a plus à porter l'action devant les tribunaux, il suffit qu'elle se fasse représenter par un syndicat ou une association ayant comme but dans son statut la lutte contre les discriminations ou tout simplement la défense des droits fondamentaux.

Si l'affirmation du principe d'égalité est une tâche ancienne du droit, la lutte contre les discriminations *stricto sensu* constitue une discipline juridique récente.

4 Définition de la discrimination

Discriminer consiste à traiter une personne physique ou morale de manière moins favorable qu'une autre se trouvant dans une situation analogue. Bien qu'il n'existe pas un principe absolu de traitement égalitaire, en l'absence de raisons légitimes, toute exception doit être considérée comme arbitraire. Aussi, pour qu'une différence de traitement soit acceptable, il ne suffit pas qu'il y ait différence de situation, il faut encore que cette différence puisse se justifier rationnellement. En France, le code pénal établit un principe général, que précise le code du travail. De même, le règlement intérieur des entreprises ne peut comporter de dispositions lésant les salariés en raison des situations indiquées précédemment.

▫ Article 225-1 du code pénal

Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, du patronyme, de l'état de santé, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de

l'orientation sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales.

▫ *Article L 22-45 du code du travail*

Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme ou en raison de son état de santé ou de son handicap.»

Au niveau européen, le traité d'Amsterdam (1997) introduit dans le droit communautaire une protection générale contre toutes les formes de discriminations donnant naissance à deux importantes directives. La directive 2000/43/CE interdit toute forme de discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique dans un certain nombre de domaines (travail, loisir, administration, bien et services...). La directive 2000/78 interdit toute forme de discrimination dans l'emploi et le travail fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle.

Une théorie générale du droit de la non-discrimination pourrait se structurer autour de trois éléments qui constituent une condition *sine qua non* de l'infraction : discriminer consiste à traiter une personne d'une manière moins favorable (*traitement*) qu'une autre en situation analogue, à raison de son appartenance ou non-appartenance vraie ou supposée à un groupe (*catégorie*) dans une situation donnée (*domaine*).

Traitement

Discriminer consiste à traiter de manière différente, sans justifications objectives et raisonnables, des individus placés dans des situations semblables. Le traitement discriminatoire peut consister en un acte voulu (discrimination directe) ou être le résultat d'une situation où il n'existe aucune responsabilité individuelle mais un effet discriminatoire est constaté (discrimination indirecte ou discrimination systémique).

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) utilise l'expression « marge d'appréciation » lorsqu'elle se réfère à la latitude laissée à l'État pour déterminer si la différence de traitement peut être justifiée. Si cette marge est réputée « étroite », la Cour se livre à un examen beaucoup plus vigilant. Peuvent être sujets actifs des discriminations les personnes physiques ou morales aussi bien de droit privé que de droit public. Mais seules les personnes physiques sont victimes de discriminations.

La discrimination peut être directe, si l'inégalité se fonde sur un critère prohibé, ou indirecte, lorsqu'une règle, une pratique ou un critère apparemment neutre a un effet défavorable sur un groupe visé par un critère de discrimination. Sur le plan pénal, seules les discriminations directes constituent une infraction. Le droit communautaire dispose qu'« une discrimination directe se produit lorsque, pour des raisons de race ou d'origine ethnique, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable. » Il y a discrimination indirecte lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence est susceptible d'entraîner pour les mêmes motifs un désavantage particulier pour certaines personnes par rapport à d'autres.

Le droit n'autorise la discrimination directe que dans le cas où l'auteur de celle-ci peut soulever une exception générale justifiant objectivement le traitement discriminatoire. Toutefois, les motifs susceptibles de justifier une discrimination directe se révèlent assez limités.

La directive sur l'égalité raciale (2000/43/CE) dispose qu'« une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est sus-

ceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes». Dans la discrimination indirecte, l'attention ne se concentre plus sur l'existence d'un traitement différencié mais sur l'existence d'effets différenciés.

▮ Dans les faits, les exemples sont nombreux : « Dans une grande entreprise de l'industrie automobile, une pratique imposait d'avoir occupé tous les postes de la ligne pour devenir manager. Or, le poste de peinture était interdit aux femmes en raison des risques de stérilité qu'il introduisait. Les femmes ne pouvaient donc pas devenir manager. Autre situation: dans une grande chaîne de télévision, lorsque le parc de caméras a été renouvelé, aucune attention n'a été accordée au poids de ce matériel. Or, celui-ci était très lourd et les femmes avaient du mal à le porter. Pourtant, il aurait été possible de faire l'acquisition, pour le même prix, de caméras équivalentes mais d'un poids inférieur. » Dans ce dernier cas, la discrimination indirecte aurait pu être justifiée s'il n'avait pas existé sur le marché de caméras d'un poids inférieur (<http://www.super-secrtaire.com/cid3957/lutter-contre-discrimination-indirecte.html>).

Le système de protection européenne contre les discriminations est complété par l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux : « Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. »

Le traitement discriminatoire peut également prendre la forme du harcèlement – moral ou sexuel – (lorsqu'un comportement indésirable lié à la race ou à l'origine ethnique se manifeste avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant) ou de l'incitation à discriminer (lorsque par exemple un chef de personnel reçoit l'ordre de ne pas embaucher des personnes d'origine rom). Le harcèlement peut devenir un comportement discriminatoire lorsqu'il est lié à un critère de discrimination prohibé par la loi. Le harcèlement a pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne

et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Toutes les directives relatives à la non-discrimination disposent qu'un « comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination [...] est considéré comme une discrimination. » Au niveau national, le harcèlement et les discours de haine sont considérés non seulement comme des comportements discriminatoires mais aussi comme des infractions pénales sévèrement sanctionnées.

Des mesures spécifiques peuvent être adoptées lorsque le principe abstrait d'égalité ne suffit pas à éliminer les inégalités de fait envers certains groupes historiquement discriminés. Il s'agit d'un traitement différencié qui est justifié par la nécessité de remédier à une situation de désavantage structurelle. Ce dispositif peut prendre la forme de mesures correctrices : les directives de l'UE relatives à la non-discrimination prévoient expressément la possibilité d'une action positive, en disposant que « pour assurer la pleine égalité dans la pratique, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à (une caractéristique protégée) ». Des quotas et des aménagements raisonnables font également partie du dispositif des mesures spécifiques tendant à combattre les discriminations.

Le droit admet également la discrimination par association dans les cas où une personne est traitée de manière moins favorable non pas à raison d'une situation personnelle mais à raison du lien avec une personne présentant les caractéristiques protégées (par exemple une employée qui est discriminée du fait d'avoir un enfant handicapé).

Il existe un certain nombre d'exceptions à la discrimination notamment en matière professionnelle. Ainsi, le droit communautaire dispose que « les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée [au motif prohibé] ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que son objectif soit légitime et

que l'exigence soit proportionnée. » L'âge est la seule caractéristique protégée par les directives de l'UE pour laquelle la discrimination directe peut être objectivement justifiée (par exemple pour le départ à la retraite).

Catégories prohibées

Dix-huit catégories ou critères sont prohibés par la loi française : origine, sexe, situation de famille, apparence physique, patronyme, état de santé, handicap, mœurs, orientation sexuelle, caractéristiques génétiques, âge, opinions politiques, activités syndicales, ethnique, nationalité, race et religion.

Le droit national englobe davantage de situations que le droit européen, mais il s'inspire de celui-ci pour notamment interpréter de manière analogue l'assimilation de certains groupes de personnes. Ainsi, la notion de sexe peut inclure, dans une certaine mesure, l'identité de genre et protéger les personnes qui ont l'intention de subir ou ont subi une opération de conversion sexuelle.

Ces catégories ne constituent nullement des assignations à des identités figées. L'expression utilisée par la loi (« l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnique, à une nation, une race ou une religion déterminée... ») met en lumière la logique sous-jacente de cette catégorisation : il ne s'agit pas de participer effectivement à une catégorie identitaire (communautarisme) mais de sanctionner celui qui enferme une personne au sein d'une catégorie afin de la traiter de manière moins favorable.

Domaines protégés

En matière conventionnelle, l'espace défendu

est particulièrement vaste en vertu des droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme. Dès lors qu'une question de discrimination se rapporte à l'un des domaines couverts par les droits garantis par la convention, la CEDH peut examiner un grief de violation de l'article 14.

Dans le cadre des directives de l'UE relatives à la non-discrimination, la portée de l'interdiction de la discrimination s'étend à trois domaines : l'emploi, le système de prévoyance sociale, et les biens et services.

Sur le plan national, l'article 225-2 du code pénal définit les limites à l'intérieur desquelles une discrimination est possible :

Article 225-2 du code pénal

La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende lorsqu'elle consiste :

- 1° à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;
- 2° à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;
- 3° à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;
- 4° à subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ;
- 5° à subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ;
- 6° à refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale.

En dehors de ces domaines, il peut exister des situations d'exclusion sociale ou de marginalisation, mais la discrimination ne peut pas être constituée en tant que telle.

5 La preuve des discriminations

Sur le plan pénal, la victime doit apporter la preuve de la discrimination et de son caractère intentionnel. En matière de travail et d'emploi, le droit communautaire a introduit un renversement partiel de la charge de la preuve en matière de discriminations. Ainsi, lorsqu'il existe des indices forts de discrimination, c'est

à la personne mise en cause (employeur, bailleur...) de prouver qu'elle n'a pas discriminé. Le recours à des données statistiques peut contribuer à faire naître une présomption de discrimination. La charge de la preuve est alors transférée à l'auteur présumé, auquel il appartient de fournir des éléments démontrant que

le traitement moins favorable ne se fondait pas sur l'une des caractéristiques protégées.

Pour échapper à une condamnation, l'employeur, par exemple, doit justifier la différence de traitement par des éléments objectifs étrangers à tout critère discriminant.

Ce régime (issu des directives communau-

taires et adopté en France par la loi du 16 novembre 2001) est plus favorable à la partie demanderesse qui se heurtait jusqu'alors à l'obligation de la preuve. En effet, jusqu'à cette date, la plupart des plaintes pour discrimination étaient classées sans suite.

La lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité

Une étude réalisée par l'Institut national d'études démographiques (INED) et l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) en 2010 pour répondre au besoin de connaissances statistiques sur la diversité et les discriminations en France¹, a mis en évidence la persistance du phénomène discriminatoire dans notre pays. Selon cette étude, les hommes et les femmes sont respectivement 53 % et 60 % à déclarer que des personnes sont « souvent » discriminées en raison de leur origine ou de leur couleur de peau. Bien que 12% des personnes interrogées se considèrent victimes de discriminations, c'est seulement 14% de ces personnes qui dénoncent ce type de comportement aux autorités soit parce qu'elles pensent que cela n'aurait rien changé soit par peur de représailles.

Les tribunaux et le Défenseur des droits sont les institutions chargées de lutter contre les discriminations. Les modalités de saisine de ce dernier sont plus faciles que celles exigées pour la justice ordinaire.

Toute personne peut saisir directement et gratuitement le Défenseur des droits en adressant un courrier ou en remplissant un formulaire en ligne si elle s'estime lésée par le fonctionnement d'une administration ou d'un service public ou dès qu'elle s'estime victime d'une discrimination, directe ou indirecte, prohibée par la loi. L'auteur présumé de cette discrimination peut être une personne privée (individu, entreprise...) ou publique (administration, école...). Le Défenseur des droits peut conseiller, aider à faire valoir les droits et orienter les personnes victimes de discriminations. Il peut exiger des documents et des preuves que les victimes n'ont pas pu obte-

nir d'un employeur, d'une administration...

Il peut mettre en place une médiation pour trouver un accord ou proposer une transaction pénale (amende), demander une indemnisation à celui qui a discriminé et saisir le tribunal correctionnel en cas de refus de la transaction. Le Défenseur des droits peut également saisir le procureur de la République en cas de délit et il intervient devant le juge si la victime décide d'aller au tribunal. En revanche, il ne peut remettre en cause une décision de justice. Sa saisine n'interrompt ni ne suspend les délais de prescription des actions civiles, administratives ou pénales ni ceux des recours administratifs ou contentieux. Il apprécie si les faits qui lui sont soumis justifient une intervention de sa part. Sa décision n'est pas susceptible de recours.

Outre la justice et le Défenseur des droits, peuvent également intervenir en matière de lutte contre les discriminations les inspecteurs du travail en se faisant communiquer tout document ou tout élément d'information utile à la constatation de faits susceptibles de permettre d'établir l'existence ou l'absence d'une méconnaissance des articles du code du travail ou du code pénal prohibant les discriminations. Aussi les associations syndicales et les associations de lutte contre les discriminations peuvent agir en justice au nom de la victime.

En plus de sa mission répressive, le Défenseur des droits a également une mission préventive. Il veille à promouvoir l'égalité de traitement et l'égalité des chances pour tous, ainsi que le respect des droits de chacun. Il publie des études et des enquêtes sur l'état de l'opinion publique en matière de discriminations et engage des démarches de sensibilisation et d'information. Le Défenseur des droits entre-

tient un dialogue continu avec la société civile à travers, notamment, des consultations, des comités d'entente et des groupes de travail thématiques. Il identifie les bonnes pratiques et en favorise l'appropriation par l'ensemble des acteurs (administration, entreprises, associations, établissements scolaires...).

7 Les sanctions

Toute personne coupable de discrimination encourt jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende. La sanction peut même aller jusqu'à 5 ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende pour les discriminations commises dans des lieux accueillant le public (art. 225-2 du code pénal). Outre les sanctions pénales, la victime peut également obtenir une réparation au civil sous la forme de dommages et intérêts.

Des sanctions spécifiques existent pour l'emploi. Selon le code du travail, tout acte contraire à l'interdiction des discriminations à l'égard d'un salarié est nul de plein droit. Aussi, le licenciement est nul lorsqu'il est décidé par l'employeur en raison d'une action en justice engagée contre lui par le salarié concerné, une organisation ou une association le représentant. Le salarié, victime d'un licenciement nul, est

Différents guides sont à la disposition du public. Ils proposent des bonnes pratiques dans l'emploi, l'accès au logement social, l'éducation... Plusieurs films pédagogiques et témoignages des victimes de discriminations sont également disponibles dans la médiathèque du Défenseur des droits.

en droit d'obtenir sa réintégration. Il a alors deux possibilités. S'il choisit d'être réintégré, il a droit au versement des salaires perdus entre son licenciement et sa réintégration. Le salarié peut également obtenir des dommages et intérêts s'il justifie d'un préjudice supplémentaire et distinct de la perte de salaire.

Si le salarié ne réclame pas sa réintégration, il a alors droit aux indemnités de rupture, y compris le préavis, ainsi qu'une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement, indemnité qui doit être au moins égale aux salaires des six derniers mois.

Les personnes morales peuvent aussi être déclarées responsables pénalement d'actes de discriminations. Les peines encourues sont celles prévues par l'article 225-4 du code pénal.

8 Trois exemples de discrimination

Le racisme

Le racisme est une idéologie qui suppose la supériorité de certains groupes par rapport à d'autres groupes en fonction de l'origine ethnique, la couleur de la peau ou la religion des personnes. Comme toute idéologie, le racisme fausse le rapport de l'individu aux autres individus aux quels l'on prête un certain nombre de défauts liés à leur « race ». Cette forme d'infériorisation de certains êtres humains a été à l'origine de l'esclavagisme, le colonialisme et les politiques de haine raciale dont le nazisme fut l'exemple le plus funeste.

Comme le note Enzo Traverso, « le racisme et la xénophobie sont un processus de construction symbolique de l'ennemi – inventé en tant

que figure négative – visant à satisfaire une quête identitaire, un désir d'appartenance, un besoin de sécurité et de protection. Dévoiler leurs mécanismes et dénoncer leurs mensonges est certes nécessaire mais insuffisant (et souvent inutile), car leur influence ne se fonde ni sur des vertus cognitives ni sur des arguments rationnels (même lorsqu'ils se présentent comme un discours "objectif") mais sur un dispositif compensatoire, sur la recherche d'un bouc émissaire. »²

Plusieurs études montrent combien il est facile de succomber à de comportements discriminatoires. Jane Elliot, une institutrice américaine a mis en place une expérimentation très intéressante auprès de ses élèves³ en divisant sa classe entre enfants aux yeux bleus et enfants

aux yeux marron. Elle a ensuite indiqué qu'un groupe était « bon » et l'autre « mauvais », donnant un statut privilégié au bon groupe et un traitement discriminatoire au mauvais. Très rapidement, le groupe privilégié a commencé à discriminer l'autre groupe.

Puis elle a retourné la situation en annonçant s'être trompée et en désignant le groupe discriminé comme étant en fait le groupe privilégié. Le nouveau groupe favorisé n'a pas tardé à discriminer l'autre groupe. Plus tard, l'institutrice a changé à nouveau les rôles, et les élèves, en assumant le statut dominant, ont répété les comportements discriminatoires. Cette expérience montre comment la soumission à l'autorité produit des comportements discriminatoires même si individuellement chacun des membres du groupe a conscience de l'injustice de cette conduite.

Il est facile d'être raciste, il suffit de succomber au sentiment de peur de l'autre que tout être humain porte en lui, c'est pourquoi, comme le souligne le sociologue Albert Memmi « la lutte contre le racisme exige une pédagogie continue de l'enfance à la mort. »

L'école a un rôle à jouer dans l'éducation des futurs citoyens. Elle doit leur inculquer un certain nombre de valeurs parmi lesquelles le respect de la différence et l'ouverture à l'altérité. M. Abdallah-Preceille a raison d'affirmer que « comprendre les cultures ce n'est pas accumuler des connaissances et des savoirs, mais c'est opérer une démarche, un mouvement, une reconnaissance réciproque de l'homme par l'homme, c'est apprendre à penser l'autre sans l'anéantir, sans entrer dans un discours de maîtrise afin de sortir du primat de l'identification et du marquage. » Pour ce faire il faut une démarche « globale et pluridimensionnelle afin de rendre compte des dynamiques et de la complexité et d'éviter les processus de catégorisation »⁴.

Face à la constatation de ce problème, l'Assemblée générale des Nations unies a adopté en 1965 la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* qui est entrée en vigueur le 4 janvier 1969. La Convention définit l'expression de « discrimination raciale » comme toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de

détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique. Lorsqu'un État adhère à cette convention internationale, il s'oblige à condamner la discrimination raciale et s'engage à poursuivre une politique tendant à éliminer toute forme de discrimination raciale et à favoriser la lutte contre les discriminations. Pour ce faire, les États punissent toute propagande ou organisation qui s'inspire d'idées ou de théories fondées sur la supériorité d'une race ou d'un groupe de personnes d'une certaine couleur ou d'une certaine origine ethnique, ou qui prétendent justifier ou encourager toute forme de haine et de discrimination raciales. Ils s'engagent à adopter immédiatement des mesures positives destinées à éliminer toute incitation à une telle discrimination, ou tous actes de discrimination.

En France, la discrimination raciale est définie par l'article 225-1 du Code pénal comme une distinction opérée entre des personnes (physiques ou morales) à raison de leur origine, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, ou une race déterminée. Outre les actes matériels, la France interdit la publication de propos diffamatoires ou insultants qui inciteraient à la discrimination, à la haine, ou à la violence contre une personne ou un groupe de personnes en raison de leur lieu d'origine, de leur ethnie ou absence d'ethnie, de la nationalité, de la race ou d'une religion spécifique.

Le sexisme

Le sexisme est une forme de racisme qui organise la hiérarchie des personnes non pas en fonction de la couleur de leur peau mais à partir de l'appartenance au sexe féminin. Les théories féministes ont mis en avant le caractère politique et la dimension arbitraire de la supposée naturalité de la différence sexuelle qui a servi à hiérarchiser les sujets de droit et à discriminer « légalement » les femmes.

L'idée que les femmes doivent avoir les

mêmes droits que les hommes est très récente. Dès l'Antiquité, les hommes se sont considérés comme supérieurs aux femmes. Sous l'Ancien Régime, seuls les fils ont le droit à l'héritage. Inspiré du droit romain, le code Napoléon de 1804 consacre l'incapacité juridique de la femme mariée : la femme, considérée comme mineure, est entièrement sous la tutelle de ses parents, puis de son époux. Ce n'est qu'en 1965 que la femme peut gérer ses biens, ouvrir un compte en banque et exercer une profession sans l'autorisation de son mari. Sur le plan politique, le droit de vote est accordé aux femmes en 1944. Face au nombre peu élevé de femmes dans la représentation politique, une loi a été promulguée en juin 2000 afin d'établir, pour la plupart des élections, la parité entre les hommes et les femmes.

Nombre de conventions internationales, dispositions européennes et lois nationales condamnent la discrimination fondée sur le sexe. L'égalité entre les femmes et les hommes est l'un des principes fondamentaux du droit européen. Les objectifs de l'Union européenne en matière d'égalité entre les femmes et les hommes consistent à assurer l'égalité des chances et de traitement entre les genres, d'une part, et à lutter contre toute discrimination fondée sur le sexe, d'autre part.

Une forme particulièrement sournoise de sexisme est la mise en question des droits sexuels et reproductifs tels le droit à la contraception, le droit à l'interruption volontaire de grossesse et la liberté matrimoniale.

Enfin, les hommes peuvent aussi être victimes de sexisme. Longtemps, seules les personnes de sexe masculin étaient obligées de faire le service militaire et, en matière de droit de famille, en cas de divorce, la garde de l'enfant est très souvent confiée à la mère. Bien que cette situation soit minoritaire, les hommes aussi peuvent être victimes de violences conjugales mais, contrairement aux femmes, aucune structure institutionnelle n'existe pour les accueillir.

L'homophobie

L'homophobie est la peur irrationnelle de l'homosexualité ainsi que toute manifestation d'infériorisation des gays et des lesbiennes ou

de ceux qui sont présumés l'être. Le terme apparaît pour la première fois aux États-Unis en 1971 dans un article du psychologue Kenneth Smith, « *Homophobia: a tentative personality profile* ». Vingt ans plus tard, les dictionnaires de langue française la définissent comme le rejet de l'homosexualité, l'hostilité systématique à l'égard des homosexuels. Si sa principale composante est la haine des homosexuels et de l'homosexualité, l'homophobie ne peut pas être réduite à cela sous peine d'ignorer ses manifestations les plus sophistiquées ou euphémisées. Comme le racisme, la xénophobie et l'antisémitisme, elle est une manifestation arbitraire qui consiste à désigner l'autre comme inférieur, anormal, bizarre ou étrange. L'homophobie est un phénomène complexe et varié, que l'on entrevoit dans les blagues sur les « pédés » ou les « gouines », mais qui peut revêtir également des formes plus brutales allant jusqu'à la violence physique et même la déportation comme ce fut le cas dans l'Allemagne nazie.

Comme toute forme d'exclusion, l'homophobie ne se limite pas à constater la différence entre les individus mais elle l'interprète et en tire des conclusions matérielles nuisibles. Historiquement, elle a pris différentes formes. Ainsi, au Moyen Âge, l'Inquisition pour sauver l'âme du sodomite l'envoyait au bûcher. Le droit a prolongé la violence théologique et pendant longtemps les homosexuels furent apparentés aux criminels et punis parfois même de la peine capitale. Considéré comme malade, « l'inverti » a été l'objet du regard médical et fut victime des thérapies correctrices.

Dans certains pays, les relations entre personnes du même sexe continuent à être sévèrement punies, des homosexuels sont exécutés en Iran, en Arabie Saoudite, en Afghanistan, en Mauritanie, au Soudan, dans les États du nord du Nigeria, au Yémen, au Pakistan et aux Émirats Arabes Unis.

Le libéralisme occidental a permis le développement d'un esprit de tolérance envers les gays et les lesbiennes à condition que leur sexualité demeure cantonnée dans la sphère intime. Les violentes réactions d'une partie conservatrice de la population lors de l'adoption de lois pour les couples de même sexe témoignent de l'homophobie encore existante dans les sociétés démocratiques. Si la matrice idéologie

de cette haine est à chercher dans les textes sacrés des religions monothéistes, la rhétorique et le sentiment homophobes sont disséminés aujourd'hui dans plusieurs registres (psychanalytique, anthropologique...).

Outre le dispositif répressif, quelques mesures de lutte contre l'homophobie témoignent d'une attention des pouvoirs publics à l'égard de cette discrimination : une loi du 15 juin 2000 a ainsi confié au Conseil supérieur de l'audiovisuel le soin de veiller à ce que les programmes radiophoniques et télévisuels « ne contiennent aucune incitation à la haine ou à la violence pour des raisons (...) de mœurs ».

Toutefois, ce ne sont pas uniquement les actes matériels qui sont prohibés mais également les discours. Ainsi la loi du 30 décembre 2004 « portant création de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité », introduit une modification à la loi de 1881 afin de permettre de sanctionner également les discours injurieux, diffamatoires et d'incitation à la discrimination envers une « personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap. »

Le ministère public peut engager des poursuites lorsque les propos ont été adressés à un

groupe de personnes et les associations inscrites depuis au moins cinq ans et ayant pour objet la défense des droits des gays et des lesbiennes peuvent se constituer en partie civile, avec l'accord de la victime, s'agissant d'injures, diffamations ou incitation à la discrimination considérée individuellement. Enfin, la provocation à la discrimination à raison de l'orientation sexuelle n'est pas constituée dès lors que les propos contestés incitent, sans être suivis d'effet, à une discrimination non sanctionnée pénalement.

Enfin, une loi du 18 mars 2003, dans le prolongement de celle de 2003 « visant à aggraver les peines punissant les infractions à caractère raciste, antisémite et xénophobe », introduit dans le code pénal une circonstance aggravante en raison de « l'orientation sexuelle » vraie ou supposée de la victime. Désormais, le mobile homophobe est considéré aussi odieux que le mobile raciste ou antisémite. Le meurtre est ainsi puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est commis à raison de l'orientation sexuelle de la victime.

Notes

1. « Trajectoire et Origines (TeO) : Enquête sur la diversité des populations de France », 2010.

2. « La fabrique de la haine : xénophobie et racisme en Europe », *Contretemps* n° 9.

3. Cette expérience est décrite par W. Peters, *A Class Divided Then and Now*, New Haven, Yale University Press, 1987.

4. M. Abdallah-Pretceille, *L'éducation interculturelle*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je », 1999, p. 59-60.